Deutsches Verwaltungsr...

Otto Mayer

GERMANY

Systematisches Handbuch

der

Deutschen Rechtswissenschaft.

Unter Mitwirkung

der Professoren **Dr. H. Brunner** in Berlin, **Dr. V. Ehrenberg** in Göttingen, **Dr. O. Gierke** in Berlin, des General-Procurators **Dr. J. Glaser**, früher in Wien, der Professoren **Dr. C. S. Grünhut** in Wien, **Dr. A. Haenel** in Kiel, **Dr. A. Heusler** in Basel, **Dr. P. Krüger** in Bonn, **Dr. F. v. Martitz** in Tübingen, **Dr. O. Mayer** in Strafsburg, **Dr. L. Mitteis** in Wien, **Dr. Th. Mommsen** in Berlin, **Dr. F. Oetker** in Würzburg, **Dr. M. Pappenheim** in Kiel, **Dr. F. Regelsberger** in Göttingen, **Dr. W. v. Rohland** in Freiburg i. B., **Dr. Lothar Seuffert** in München, **Dr. R. Sohm** in Leipzig, **Dr. A. Wach** in Leipzig, **Dr. R. Wagner**, früher in Leipzig, **Dr. M. Wlassak** in Strafsburg

herausgegeben von

Dr. Karl Binding,

Professor in Leipzig.

Sechste Abteilung, zweiter Band:

Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht. Band II.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1896.

Deutsches

Verwaltungsrecht.

Von

Otto Mayer.

Zweiter Band.

Mit einem Register über beide Bände.



Leipzig,
Verlag von Duncker & Humblot.
1896.

Pierer'sche Hofbuchdruckerei Stephan Geibel & Co. in Altenburg

Inhaltsverzeichnis.

Besonderer Teil.

Zweites Buch.

Erster Abschnitt.

Das öffentliche Sachenrecht.

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der besonderen Schuldverhältnisse.

Dritter Abschnitt.

Das Recht der juristischen Personen.

Anhang.

Berichtigungen.

Zu S. 30 Note 2 Z. 3 v. u. l. „einem“ statt „seinem“.
Zu S. 353 Note 10 erste Z. l. „S. 135, 136“ statt „S. 141, 142“.

Besonderer Teil.

(Fortsetzung.)

Zweites Buch.

Erster Abschnitt.

Das öffentliche Sachenrecht.

§ 33.

Die Enteignung; Gliederung des Verfahrens.

Die Enteignung ist ein obrigkeitlicher Eingriff in das Eigentum, um es dem Unterthanen ganz oder teilweise zu entziehen zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens.

In dem bestimmten Rechtsinstitut, zu welchem unsere Gesetze die Enteignung ausgebildet haben, ist sie lediglich gegen das Eigentum an Grundstücken gerichtet. Die Inanspruchnahme beweglicher Sachen folgt anderen Regeln[1].

Nach Erwägungen der Nützlichkeit soll hier vom Eigentum des Unterthanen genommen werden können, was erforderlich scheint. Das öffentliche Unternehmen steht beherrschend im Mittelpunkt. Das öffentliche Unternehmen ist ein Stück öffentlicher Verwaltung. Und

---

[1] Seydel in Ztschft. f. Reichs- u. LandesR. III S. 232: „die *κατ' ἐξοχήν* so genannte Enteignungsgesetzgebung beschäftigt sich nur mit den unbeweglichen Sachen". Ähnlich Schelcher, Rechtswirkungen d. Ent. S. 3. Man pflegt ja häufig überall von Enteignung zu sprechen, wo der Staat etwas nimmt und dafür entschädigt. Das sind aber ganz äufserliche Ähnlichkeiten. Es hat keinen Wert sie zu betonen. Beispiele: Klostermann, Patentges. S. 154; Prazak, Ent.R. S. 73 Anm. 5. Vgl. vor allem unten § 47 Note 2 u. 6.

der Thatsache, dafs ein Bedürfnis der öffentlichen Verwaltung dagegen stöfst, hat das Recht des Einzelnen zu weichen. Das ist die Grundidee, um die es sich hier handelt. Dafür knüpft sich an den Eingriff ein Anspruch des Betroffenen auf angemessene Entschädigung. —

Ganz anders geartet stellt sich das Rechtsinstitut von vornherein dar, als die im ersten Buche unseres besonderen Teiles betrachteten Erscheinungen. Ein neues Gebiet von Rechtsformen der Verwaltung thut sich damit auf. Was ihnen allen gemeinsam ist, erscheint an der Enteignung nur in besonders scharf ausgeprägten Zügen.

In Polizeigewalt und Finanzgewalt stand der Staat als reine Obrigkeit über dem Wechsel und der Mannigfaltigkeit des Lebens der Gesellschaft, diesem folgend mit seinen Mafsregeln und sich ihm anschliefsend, um es in Ordnung zu halten und um die Geldmittel daraus zu ziehen, die es ihm greifbar macht. Jetzt tritt er selbst in dieses Leben der Gesellschaft ein, mitten unter die Einzelnen, als der wie sie, und doch nicht wie sie, Geschäfte besorgen will, äufserliche Mittel für diese Zwecke aufstellt und verwendet, sachliche und persönliche, und dabei in allerlei Berührung kommt zu den Unterthanen, die er in ihrem Dasein und Wirtschaften bald fördert, bald in Anspruch nimmt. Er erscheint jetzt als der grofse Unternehmer, um ins Werk zu setzen, was zur Befriedigung allgemeiner Interessen dient, als der intendant général, wie ein französischer Schriftsteller ihn treffend bezeichnet hat.

Das Verwaltungsrecht legt damit jene starre Einseitigkeit ab, bei welcher dem Einzelnen immer nur Befehl, Auflage, Zwang entgegentrat, und alles was ihm etwa gewährt wurde, nichts weiter war, als ein Nachlassen der Gewalt. Es wird jetzt gegeben wie genommen, Ausgleichungsmafsregeln knüpfen sich an das eine, wie an das andere, und schliefslich kommt in den Selbstverwaltungskörpern sogar noch eine gleichgeartete Mitarbeiterschaft zur Anerkennung. Ein frei bewegliches Verkehrsrecht schmiegt sich den einzelnen öffentlichen Unternehmungen an nach ihren Bedürfnissen und Zwecken, wie im Civilrecht der Wirtschaft der Einzelnen. Die Verwandtschaft mit diesem bezeugt sich an unserer Einteilung: Sachenrecht, Recht der besonderen Schuldverhältnisse (besondere, im Gegensatze zu den schon vorweggenommenen Schuldverhältnissen der Polizei- und Finanzgewalt) und Personenrecht, das sich hier beschränkt auf die uns gehörigen juristischen Personen. Von nun an findet sich denn auch, worauf schon Bd. I S. 136 hingewiesen worden ist, dafs die Namen unserer einzelnen Rechtsinstitute immer wieder

entlehnt werden der Ausdrucksweise des Civilrechts. Gerade das öffentliche Sachenrecht liefert die Hauptbeispiele.

Dafs aber hier ein öffentliches Unternehmen in Frage ist, ein Unternehmen, in welchem ein Stück öffentlicher Verwaltung erscheint, das giebt dem Rechtsinstitut seine Eigenart. Öffentlichrechtlich sind im Zweifel die Beziehungen, die von hier aus mit den Einzelnen sich knüpfen, gemäfs den Bd. I S. 141 aufgestellten Grundsätzen. Und die rechtlich überwiegende Kraft der öffentlichen Gewalt, die dem Einzelnen demgemäfs entgegentritt, erhält ihre bestimmte Gestalt durch den Zusammenhang mit diesem Unternehmen. Sie mag sich unmittelbar erweisen in der Unbedingtheit und Unwiderstehlichkeit, mit der es vorgeht. Sie mag übersetzt sein in die Formen des Rechtsstaates, Rechtssatz und Verwaltungsakt, die für es erlassen werden. Immer steht das öffentliche Unternehmen mafs- und richtunggebend dahinter.

Dieser Gedanke bleibt der feste Punkt in der Reihe der Erscheinungen, die nunmehr, mit der Enteignung beginnend, an uns vorüberziehen werden. —

I. Die Entwicklungsstufen unseres öffentlichen Rechts haben der Enteignung jeweils ihr besonderes Gepräge aufgedrückt.

Zuerst erscheint sie als ein Stück in jener Sammlung eigenartiger Rechte, aus der die Landesherren die Staatsgewalt bilden sollten. Die Befugnis, Privateigentum zu entziehen, wo das öffentliche Interesse es erheischt, wird als ein Hoheitsrecht anerkannt. Und zwar fiel sie zunächst unter den umfassenderen Begriff des jus eminens, das in dieser Anwendung ganz folgerichtig als dominium eminens bezeichnet wurde: vermöge seines allgemeinen Oberrechts hebt der Landesherr im Notfalle auch dieses jus quaesitum auf (Bd. I S. 33). Wenn später Streit entsteht, ob es nicht, statt dominium, vielmehr imperium sei, was da ausgeübt wird, so bedeutet das nichts anderes als einen Übergang in die ordentlichen Hoheitsrechte: das Ungewöhnliche wird abgestreift; es gehört schon zum einfachen jus politiae, Privateigentum erforderlichen Falles für öffentliche Zwecke in Anspruch nehmen zu dürfen. Im übrigen bleibt die Ausübung dieses Rechtes an die Bedingungen gebunden, welche den Hoheitsrechten überhaupt gesetzt sind (Bd. I S. 28 u. 29 ff.)[2].

---

[2] Darüber das Genauere bei G. Meyer, R. der Expropr. S. 115 ff. Ein Beispiel bietet der Bd. I § 3 Note 10 und 20 besprochene Fall. Im Gegensatz zu G. Meyers gründlichen Forschungen ist, was L. v. Stein, Verwaltungslehre VIII S. 301 ff., als „Elemente der Geschichte des Enteignungsrechts“ giebt, grofsen

Der Polizeistaat verwischt die vorgefundenen Rechtsschranken auch für diesen schwerwiegenden Eingriff. Bezeichnend ist, daſs die Rechtslehre sich immer gesträubt hat, gerade in diesem Punkte die Schrankenlosigkeit der Staatsgewalt anzuerkennen. Thatsächlich bestand sie[3]. Indem dabei wieder für alle „civilrechtlichen Wirkungen“ der Fiskus sich darbieten muſs, wird aus dem Rechtsinstitut das bekannte polizeistaatliche Mischgebilde (Bd. I S. 51).

Der Verfassungs- und Rechtsstaat der Neuzeit setzt feste, greifbare Formen des Rechts für das Verhältnis der öffentlichen Gewalt zum Unterthanen. Gerade für die Enteignung und das dabei zu beobachtende Verfahren hat er die ihm eigentümlichen Formen in besonders scharf ausgeprägter Weise zur Geltung gebracht. Sie sind leicht wieder zu erkennen. Die Aufgabe ist, hinter ihnen die einfache ursprüngliche Grundidee der Enteignung zu erkennen und festzuhalten. Nur aus ihr bleibt das Ganze verständlich und bestimmt sich Sinn und Tragweite dessen, was im einzelnen gewollt ist[4].

1. Unsere Verfassungsurkunden sagen zum Teil geradezu: Enteignung findet nur nach Maſsgabe des Gesetzes statt. Zum Teil begnügen sie sich, das Eigentum für gewährleistet, zugesichert, geschützt zu erklären, was die gleiche Wirkung hat. Auch wo gar nichts gesagt ist, versteht sich dieser Vorbehalt des Gesetzes überall von selbst (Bd. I S. 74 ff.).

Die Enteignung bedarf also, um rechtmäſsig vorgenommen zu werden, der gesetzlichen Grundlage. Dieser verfassungsrecht-

---

Teils Willkür. Wenn er aber die Stufenfolge unterscheidet: Regalität, verordnungsmäſsiges Enteignungsrecht, verfassungsmäſsiges Enteignungsrecht, so schwebt ihm dabei entschieden das Richtige vor.

[3] Moser, Landeshoh. in Ansehung der Unterthanen Pers. u. Verm. cap. 20 § 3, giebt sich noch die Mühe, die gemäſs dem alten Hoheitsrechte zulässigen Enteignungsfälle aufzuzählen, kommt aber dann auf zweifelhaftes Gebiet und schlieſst mit dem Satze: „Man wird aber in solcherlei Fällen schwerlich fragen, was Rechtens sei.“ Das ist eben der Polizeistaat. Ein Beispiel von völlig formloser Enteignung durch thatsächliche Besitzergreifung in Bd. I § 4 Note 4 (C.C.H. 8. April 1854).

[4] Insofern damit diese Grundidee festgestellt wird, haben also auch gegenüber dem gesetzten Rechte Erörterungen noch ihren guten Zweck, wie sie z. B. G. Meyer, R. d. Expropr. S. 163 ff., unter der Überschrift „Das staatsrechtliche Prinzip der Expropriation“ anstellt. Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 6, sowie Grünhut, Ent.R. S. 4, beide unter der Überschrift „Begründung des Enteignungsrechts“. Etwas ganz anderes ist es, wenn v. Stein, V.lehre VII S. 295, in solchen Begründungen erst suchen zu müssen glaubt, wie die vom Gesetz gewollte Enteignung „ein Recht sein könne“. Das ist eine müſsige Frage.

lichen Ordnung kann dadurch genügt werden, dafs das Gesetz die Enteignung unmittelbar selbst ausspricht, wie dadurch, dafs es die Regierung oder ein Glied der Behördenordnung dazu ermächtigt. Im Sinne des Rechtsstaats aber ist es, wenn es seine Gewalt möglichst nur so verwendet, dafs es in allgemeinen Regeln ordnet, was im Einzelfalle geschehen soll. Die Behörden handeln dann in Gebundenheit an diese Rechtssätze und das Vorbild der Civilrechtspflege ist wieder befolgt [5].

Die rechtssatzmäfsige Regelung kann freilich hier nicht so weit gehen, dafs im Einzelfalle schlechthin nur das Gesetz anzuwenden wäre, wie das z. B. bei der Steuererhebung, bei der strafrechtlichen Einziehung, der Fall ist. Es gehört zum Wesen der Enteignung, dafs sie in gewissem Mafse frei und beweglich bleibe, um im Einzelfall zu bestimmen, was der Lebendigkeit des öffentlichen Unternehmens entspricht. Das Gesetz wird also den Spielraum, welchen es der Verwaltung lassen mufs, nur nach Thunlichkeit rechtlich umgrenzen, indem es Voraussetzungen und Schranken dafür aufstellt und Formen des Verfahrens zu beobachten giebt [6].

Zunächst, wenn nichts weiter dazwischen käme, würden diese gesetzlichen Ermächtigungen, fremdes Eigentum zu nehmen, einfach zu denken sein als für das öffentliche Unternehmen, d. h. für den Unternehmer gegeben, also je nachdem für den Staat oder für den, der sonst als Herr dieses Stückes öffentlicher Verwaltung an seiner Stelle steht. Wo die gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind und sonach die Möglichkeit für ihn besteht, zuzugreifen, wäre für diesen das Enteignungsrecht begründet, ein subjektives öffentliches Recht in dem Bd. I S. 106 bestimmten Sinn, ein Recht von derselben Natur wie das, Friedensleistungen für militärische Zwecke in Anspruch zu nehmen oder einen Polizeibefehl zu erlassen. So bleibt es aber nicht.

2. Das Verfahren, in welchem auf Grund der gesetzlichen Er-

---

[5] Dem wird es gleichstehen, wenn das allgemeine Enteignungsgesetz den Vollzug der Enteignung im Einzelfall einem Akte des Gesetzes selbst vorbehält: Franz. Ges. v. 3. Mai 1841 art. 3; Hamb. Ges. v. 14. Juli 1879; Brem. Verord. v. 14. Juni 1843. Das ist dann ein Verwaltungsakt in Gesetzesform (Bd. I S. 12). Allerdings kann dieses Gesetz jederzeit aus der Rolle fallen und sich auf seine Allmacht besinnen. Insofern ist hier, wie v. Rohland, Ent.R. S. 26 bemerkt, „der Schutz gegen einen Mifsbrauch des Enteignungsrechtes problematisch“, oder, wie wir es ausdrücken würden: die Formen des Rechtsstaates sind nicht gesichert.

[6] Die Enteignung bleibt dabei immer, wie Prazak, R. d. Ent. es ausdrückt, „jene Funktion der Verwaltung, kraft welcher dieselbe im Grunde freien Entschlusses ein Recht aufhebt oder beschränkt“.

mächtigung die Enteignung durchgeführt wird, hat als hervorstechendstes Merkmal eine eigentümliche Verteilung der dafür zu entwickelnden Thätigkeiten. Es ist eine bekannte Forderung des Rechtsstaates, dafs die Beziehungen zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Unterthanen statt durch einfaches thatsächliches Vorgehen, jeweils auch im Einzelfall bestimmt werden durch bindende obrigkeitliche Aussprüche über das, was Rechtens sein soll. Der Verwaltungsakt dient dazu (Bd. I S. 66, 95). Das erscheint nun hier in der verschärften Gestalt, dafs der Verwaltungsakt losgelöst wird von der sonstigen Führung des öffentlichen Unternehmens, für das er ergeht, und besonderen Enteignungsbehörden vorbehalten[7]. Die Verteilung der Rollen ist die, dafs der ganze Entschlufs zu enteignen und die Wahl der zu ergreifenden Gegenstände nach wie vor aus dem Verwaltungszweige hervorgeht, dem das Unternehmen angehört, die Enteignungsbehörde daran nur eine beschränkte Nachprüfung vornimmt. Diese Prüfung erstreckt sich nicht blofs auf die Rechtsfrage der gesetzlichen Zulässigkeit, sondern enthält zugleich ein Abwägen des öffentlichen Interesses nach der Richtung hin, ob es stark genug ist, dem Unterthanen gegenüber den Eingriff zu rechtfertigen (unten II n. 1 und III S. 27). Alles was sonst noch auf den Entschlufs des Unternehmers von Einflufs sein kann, die Rücksicht auf erforderlichen Aufwand und vorhandene Mittel oder erwartete Nebenvorteile, bleibt aufser Ansatz. Die Enteignungsbehörde tritt also in dieser Beziehung nicht schlechthin an die Stelle des Unternehmers. Wohl aber thut sie das ganz im Verhältnis nach aufsen; hier wirkt nur ihr Akt, nur durch ihn kann sich die Enteignung vollziehen. Der Wille des Unternehmers hat hierfür keine eigene Kraft; er erscheint dabei als blofser Antragsteller, als betreibender Teil.

Das Gesamtbild bekommt grofse Ähnlichkeit mit einem gerichtlichen Prozefsverfahren. Der Eindruck wird noch gesteigert dadurch, dafs der Unternehmer auch ein anderes Rechtssubjekt sein kann als der Staat, der Enteignungsausspruch dagegen stets von der staatlichen Behörde erfolgt und im Namen des Staates, wie der Spruch des Gerichtes. Aber der ganze innere Zusammenhang ist ein anderer. Das Gericht ist dazu da, dem Kläger den obrigkeitlichen Schutz zu ge-

---

[7] Die französische Gesetzgebung, welche anerkanntermafsen unserem ganzen deutschen Enteignungsrecht als Vorlage gedient hat (Grünhut, Ent.R. S. 46; Seydel, Bayr. St.R. III S. 624), verschärft diesen Gedanken noch durch eine ganz seltsame Hereinziehung des Civilgerichts; Theorie d. Franz. V.R. S. 236 ff.

währen für das Recht, das ihm gegenüber dem Beklagten zusteht. Die besondere Enteignungsbehörde dagegen ist eingeschoben, um an Stelle des Unternehmers die öffentlichrechtliche Macht zur Geltung zu bringen, die von seinem Unternehmen ausgehen soll. Damit ist dem Unternehmer das unmittelbare „Recht“ gegenüber dem Eigentümer, das hier in Frage käme (oben n. 1), förmlich abgenommen. Er steht als solcher nur in einem Verhältnis zu der Behörde oder zu dem Staate, namens dessen sie spricht (unten II n. 2). Die Möglichkeit, falls die Behörde sich ihm anschliefst, dem ins Auge gefafsten Eigentümer beizukommen, ist alles, was ihm diesem gegenüber „zusteht“. Nennt man also Enteigner den, der das Eigentum entzieht, so ist es hier allemal nur der hinter der Enteignungsbehörde stehende Staat. Ist Enteignungsrecht die rechtliche Möglichkeit, so zu wirken, so hat es der Staat allein, wer auch der Unternehmer sei[8].

3. Der behördliche Ausspruch, welcher demnach den Mittelpunkt des Enteignungsverfahrens bildet, hat die vom betreibenden Unternehmer gestellten Anträge nach zweifacher Richtung zu prüfen: es kommt darauf an, ob ein Unternehmen vorliegt, für welches Enteignung stattfinden soll, und sodann, ob die bezeichneten Stücke des Privateigentums dafür erforderlich und in Anspruch zu nehmen sind.

Die Feststellung dieser beiden Punkte kann in zwei getrennte Verwaltungsakte auseinander gezogen werden. Dann wird der erste, die Feststellung des Enteignungsfalles, als der wichtigere folgenschwerere einer höheren Zuständigkeit vorbehalten sein; der Fürst selbst, oder die gesetzliche Einzelverfügung erscheinen als Mitwirkende im Enteignungsverfahren. Auf Grund dieses Aktes erst macht dann

---

[8] Das verlangt wenigstens die gewählte Rechtsform, hinter welcher für die juristische Auffassung die Grundidee verschwindet: das öffentliche Unternehmen allerdings soll in der Enteignung seine Kraft bewähren; aber diese ist übersetzt in den staatlichen Verwaltungsakt, der allein nach aufsen wirkt. Sieht man mehr auf den sachlichen Hintergrund, das wirtschaftliche Verhältnis, so mag man immerhin auch den Unternehmer als den Enteigner bezeichnen. Die Ausdrucksweise der Schriftsteller schwankt daher: Laband in Arch. f. civ. Pr. 52 S. 170; Grünhut, Ent.R. S. 78 ff.; ders. in Conrads Handwörterb. III S. 258; Bornhak, Preufs. St.R. III S. 295; Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 241; G. Meyer, V.R. I S. 284 Note 9. Vielleicht wäre zu helfen, wenn man einen Enteigner im formellen und im materiellen Sinne unterschiede, gerade wie beim Gesetz, mit dem Vorbehalte wie dort, dafs eigentlich nur der im formellen Sinne der richtige ist (Bd. I S. 72 Note). — In gleicher Weise mag man dann auch von einem Enteignungsrecht, Enteignungsanspruch des Unternehmers reden. Nur wenn man Folgerungen aus den Begriffen Recht und Anspruch ziehen will, werden wir Verwahrung einlegen; vgl. unten Note 14 und § 34 Note 16 u. 29.

die untere Behörde die Feststellung des Enteignungsgegenstandes, in welcher sie die Folgerungen für die einzelnen Grundstücke zieht, und verfügt die Enteignung[9]. Auch wo die äufsere Einheitlichkeit des Aktes beibehalten wird, kann die besondere Wichtigkeit jenes ersten Punktes durch Vorbehalt höherer Genehmigung für diesen Teil des Ausspruches zur Geltung kommen[10].

Die Entschädigung des Enteigneten ist nur eine Folge der Enteignung, kein Stück des Rechtsinstituts selbst. Insofern die Wirkungen der Enteignung dadurch bedingt sind, ragt sie allerdings sehr bedeutsam in das Verfahren herein; davon unten § 34, II n. 2. Aufserdem verumstandet sich der Gang desselben noch durch mancherlei Formvorschriften, welche bestimmt sind, alle einschlagenden Interessen zu Worte kommen zu lassen, technische Erhebungen mit öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen, wonach die nötigen Vorarbeiten zu dulden sind, civilrechtlich wirkende Verfügungsbeschränkungen für die betroffenen Eigentümer u. s. w.[11].

Wesentlich sind jene zwei verwaltungsaktmäfsigen Feststellungen, die wir nunmehr noch genauer zu untersuchen haben.

II. Das erste Stück des Enteignungsverfahrens, die Feststellung des Enteignungsfalles, besteht in der Anerkennung des geplanten Unternehmens als eines solchen, für welches die Enteignung stattfinden soll. Es mufs ein dazu geeignetes Unternehmen sein, sowohl nach seinem Gegenstande als auch nach seinem Träger, dem Unternehmer. Beides stellt der Akt fest und bezeichnet dadurch einerseits den Zweck der Enteignung, andererseits das Rechtssubjekt, für welches sie wirken soll.

1. Es mufs sich um ein Unternehmen von öffentlicher Nützlichkeit handeln, das zu seiner Durchführung des Privateigentums bedarf.

Denkbar wäre es, im Enteignungsgesetz die berufenen Unternehmungen nach festen äufserlichen Merkmalen rechtssatzmäfsig so genau zu bezeichnen, dafs es sich im Einzelfalle lediglich um Anwendung dieser Regel handelte, um eine blofse Erklärung dessen, was Rechtens ist. Jedes Unternehmen, bei welchem jene Merkmale zutreffen, gäbe dann ein Recht auf die Zulassung zur Enteignung. Gültig wäre das, aber der Natur der Enteignung entspricht es nicht.

---

[9] Beispiel: Preufs. Ges. v. 11. Juni 1874 §§ 2 u. 32.

[10] Beispiel: Bayr. Ges. v. 17. Nov. 1837 art. XIV.

[11] Übersicht bei Neubauer, Zusammenstellung d. in Deutschl. geltenden R. betr. versch. Rechtsmaterien S. 1—47.

Thatsächlich verfahren denn auch die Enteignungsgesetze nicht so, sondern überlassen es in gröfserem oder geringerem Mafse dem freien Ermessen dieses Aktes, wann er dem Unternehmen eine genügende öffentliche Nützlichkeit beimessen will, wann nicht[12].

Das wird am deutlichsten da, wo das Gesetz über die besondere Art des zuzulassenden Unternehmens überhaupt nichts bestimmt, sondern nur ganz allgemein aufstellt: Enteignung findet statt „für gemeinnützige Zwecke", „aus Gründen des öffentlichen Wohles", oder „für öffentlichen Nutzen". Das ist die Form, in welcher unsere meisten allgemeinen Enteignungsordnungen sich ausdrücken[13].

Das Gesetz kann aber auch die enteignungsfähigen Unternehmungen ihrem Gegenstande nach bezeichnen, durch Aufzählung in allgemeinen Enteignungsordnungen oder Einzelhervorhebung eines Zulässigkeitsfalles gelegentlich der Ordnung eines besonderen Verwaltungszweiges. Dann hat das nicht die Bedeutung, dafs nun überall ohne weiteres Enteignung statthaft sein soll, wo ein diesen Merkmalen entsprechendes Unternehmen vorliegt; vielmehr ist behufs Feststellung des Enteignungsfalls immer erst noch zu prüfen, ob unter den gegebenen Umständen die Inanspruchnahme des Privateigentums dafür auch wirklich „vom gemeinen Nutzen erfordert" ist. Die gesetzliche Gegenstandsbezeichnung hat also nur die Bedeutung einer weiteren Schranke: für andere Gegenstände als diese darf auch bei gegebener öffentlicher Nützlichkeit nicht enteignet werden[14].

---

[12] So erläutert sich unseres Erachtens Reichsverf. art. 41. Die Enteignung stünde dem Reich auch so offen; aber vermöge ihres freien Ermessens würde die Enteignungsbehörde des widerspenstigen Gliedstaates diesen Weg allzu leicht versperren können; deshalb macht das Reich selbst die Feststellung des Enteignungsfalls durch Verwaltungsakt in Gesetzesform. Die Gliedstaatsbehörden sind zum Vollzug dieses Aktes gebunden, als wäre er im ordentlichen landesrechtlichen Verfahren ergangen. Auf Grund desselben würde die Enteignung durchgeführt werden können, auch wenn etwa landesgesetzlich ein Enteignungsverfahren überhaupt nicht vorgesehen wäre. Reichsgesetzliche Enteignungsnormen, über deren Zulässigkeit man streitet, wären nicht notwendig: mit gesetzlicher Grundlage und Verwaltungsakt läfst sich alles machen. Seydel, Komm. z. Reichsverf. S. 189; Laband, St.R. II S. 114 (2. Aufl. S. 105).

[13] Preufs. Ges. v. 11. Juni 1874 § 1; Bad. Ges. v. 28. Aug. 1835 § 1; Hess. Ges. v. 27. Mai 1821 art. 1.

[14] Wichtigstes Beispiel: Bayr. Ges. v. 17. Nov. 1837 art. I A mit seiner Aufzählung der Fälle, in welchen Enteignung zulässig ist. Es mufs gleichwohl aufserdem „in jedem einzelnen Fall noch eine besondere Untersuchung der Notwendigkeit oder Gemeinnützigkeit der Unternehmung eintreten"; Seydel, Bayr. St.R. III S. 630. Deutlicher kann man einen Fall des freien Ermessens nicht bezeichnen. Nach Seydel a. a. O. S. 646 müfste hier alles zu richterlichem Ermessen werden,

Gewisse Grenzen bestehen allerdings auch bei der allgemeinsten Form der gesetzlichen Enteignungsermächtigung. Sie sind stillschweigend gemeint, wenn das Gesetz nicht ausdrücklich anders bestimmt. Denn die Grundidee der Enteignung steht dahinter, wonach darin ein öffentliches Unternehmen das Privateigentum für seine Bedürfnisse in Anspruch nimmt. Wenn das Gesetz sagt: enteignen, so meint es demgemäfs nicht: wegnehmen, weil es dem Staat nützlich, oder weil es im Sinne eines allgemeinen, kaum begrenzbaren öffentlichen Interesses ist; sondern es meint von selbst nur, dafs das Grundstück soll genommen werden dürfen, um dem in einem bestimmten Unternehmen verkörperten öffentlichen Interesse, einem Stücke öffentlicher Verwaltung zu dienen[15]. Im Zweifel sind also ausgeschlossen alle Enteignungsarten, die nicht geschehen würden, um das Enteignete in diesem Sinne zu verwenden.

Nach verschiedenen Richtungen wird dieser Auslegungsgrundsatz von Wichtigkeit.

Es wird danach vor allem die Enteignung versagt zur Verfolgung fiskalischer Interessen, die ja wohl noch ein staatliches Unternehmen vorstellen könnte. Für die eigentlichen fiskalischen Verwaltungen ist das ganz selbstverständlich (Bd. I S. 141); Erweiterung und Abrundung der Staatsdomänen z. B. kann nicht in dieser Weise

---

der Ausspruch der Enteignungsbehörde also die Natur einer Entscheidung haben; „denn es handelt sich um eine Voraussetzung für das Dasein eines Rechtsanspruches“. Wir folgern umgekehrt: weil hier freies Ermessen besteht, ist der sog. Enteignungsanspruch kein Rechtsanspruch. Dafs hier doch Verwaltungsrechtspflege stattfinden kann, worauf es Seydel ankommt, ist dadurch ja nicht ausgeschlossen; vgl. Bd. I S. 167 ff.

[15] Neumann in Annalen 1886 S. 357 ff. hat vergeblich versucht, unmittelbar aus dem Begriff des öffentlichen Interesses einen festen Mafsstab zu gewinnen; es läuft schliefslich alles auf ein Mehr oder Weniger hinaus (S. 407): „dafs man versucht sein könnte, statt zwischen Dingen von öffentlichem Interesse und ohne solches vielmehr zwischen Dingen von mehr oder weniger öffentlichem Interesse zu scheiden.“ — In obigem Sinne v. Rohland, Ent.R. S. 22 ff.; Schelcher, Rechtswirkungen der Ent. S. 2. Letzterer meint „Im engeren wissenschaftlichen Sinne des Wortes ist Enteignung nur diejenige auf Grund öffentlichen Rechtes erfolgende Entziehung eines Gegenstandes, welche zum Zwecke der Durchführung eines öffentlichen Unternehmens geschieht.“ Wenn das Gesetz Enteignung gestattet für ein Unternehmen, welches das Grundstück nicht unmittelbar zu seiner Durchführung, sondern in anderer Weise verwenden will, so ist das unseres Erachtens immer noch Enteignung, auch im wissenschaftlichen Sinn. Die wissenschaftliche Betrachtung des Instituts erkennt nur darin eine Abweichung vom Ordentlichen, Regelmäfsigen.

geschehen. Hier handelt es sich überhaupt nicht um öffentliche Verwaltung[16].

Aber auch gelegentlich der Besorgung von Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung kann die Enteignung nicht benutzt werden, um Grundstücke zu erwerben, die nicht dem Unternehmen selber dienen, sondern durch ihre Weiterveräufserung einen Gewinn abwerfen sollen. Wenigstens ist die normale Enteignung für solche Spekulation nicht gegeben; die Gesetze gestatten es ausnahmsweise[17].

Unzulässig ist in diesem Sinne auch die Enteignung, wenn es sich blofs darum handelt, die Besitzverhältnisse zwischen den Einzelnen zu ändern, so dafs das Grundstück gar nicht an ein öffentliches Unternehmen übergeht. Man denke etwa an eine Enteignung von Grofsgrundbesitz zur Verteilung an die Bauern, oder von Fabriken behufs genossenschaftlicher Unternehmungen der Arbeiter[18].

Ebensowenig würde sich aus der allgemeinen Enteignungsermächtigung eine Entziehung von Privateigentum rechtfertigen, die nur bezweckte, die Störungen zu beseitigen, die aus der bis-

---

[16] Nach v. Rohland, Ent.R. S. 14, folgt „aus dem Prinzip des Enteignungswesens“, dafs nicht enteignet werden kann für „private Gemeindezwecke“, z. B. Anlegung eines näheren Weges nach dem Gemeindewald. Ebenso Grünhut Ent.R. S. 79: „dieses Recht . . . trägt in sich selbst seine Begrenzung“; es kann nicht geübt werden „im vermögensrechtlichen Interesse des Ärars“.

[17] Hierher gehören die hie und da durch die Gesetze zugelassenen sog. Zonen-Expropriationen; Neumann in Annalen 1886 S. 405. Dafs hier mehr genommen werden darf, als das Unternehmen selbst fordert, um das mit Vorteil weiter veräufsern zu können, bezeichnet v. Rohland, Ent.R. S. 22 Note 3, geradezu als das „Verwerfliche“ an der Einrichtung.

[18] Grünhut, Ent.R. S. 3, übertreibt nur den richtigen Gedanken, wenn er als wesentlich für die Enteignung aufstellt „die Übertragung in das öffentliche Gut“, d. h. das öffentliche Eigentum (a. a. O. S. 76). Das scheint auf einem Mifsverständnis der französischen Schriftsteller zu beruhen, oder vielmehr auf einer Nachlässigkeit derselben, indem sie den Ausdruck domaine public (= öffentliches Eigentum) manchmal gebrauchen, wo domaine de l'état stehen sollte. So findet sich z. B. Grünhuts Satz bei de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 164, und Dufour, droit adm. VII n. 551. Das öffentliche Eigentum ist die hervorragendste Form, in welcher das Grundstück einem öffentlichen Unternehmen dienstbar sein kann: es stellt da selbst das öffentliche Unternehmen vor (unten S. 74). Es genügt aber, dafs es civilrechtliches Eigentum des Subjektes der öffentlichen Verwaltung werden und bleiben soll, um als solches dem öffentlichen Unternehmen zu dienen; das freilich ist mindestens verlangt.

herigen Benutzung dem öffentlichen Interesse bereitet werden mögen: Verunstaltungen des Anblicks der öffentlichen Strafse, Gesundheitswidrigkeiten u. dergl. Hier soll das Grundstück nicht dienen, sondern nur aufhören zu schaden. Mafsregeln solcher Art sind ihrer Natur nach bestimmt, in den Formen der Polizeigewalt vorgenommen zu werden, und dazu gehört die Enteignung nicht. Durch besonderes Gesetz kann sie auch hierfür verwendbar gemacht werden. Sie giebt eine passende Form, um die Vermögenswirkungen des Eingriffes in billiger Weise auszugleichen: dem Betroffenen eine Entschädigung zu sichern, der Verwaltung zugleich die Möglichkeit anderweitiger Verwertung zu beschaffen zur Deckung ihrer Kosten[19]. —

Die Grenzen des freien Ermessens, wie sie demnach das Gesetz liefert oder auch ohne es die Natur der Sache, beziehen sich durchweg nur auf die Würdigung der Art des zuzulassenden Unternehmens. Kein Mafsstab läfst sich dagegen aufstellen nach der anderen Seite hin: für die Stärke nämlich, mit welcher das Interesse, das in dem öffentlichen Unternehmen steckt, zur Verwirklichung drängt, ob sie grofs genug ist, das Eigentum zu überwinden[20]. Das ist ganz Sache des Eindrucks, den die Sache macht. Gerade deshalb kommt es hier sehr darauf an, wer der Unternehmer ist, der die Enteignung begehrt. Wenn die obersten Stellen der Staatsverwaltung ein Unternehmen für notwendig befunden haben, um es selbst ausführen zu lassen, oder für wichtig genug, um eine Konzession dafür zu erteilen, wird für den Feststellungsakt, der von einer anderen Stelle ausgeht, immer noch die Nachprüfung der Zulässigkeit rücksichtlich der Art des Unternehmens offen sein; denn das ist eine Rechtsgrenze. Aber das öffentliche Interesse an der Durchführung nochmals abzuwägen, hat keinen Sinn; dafür ist vollgültiges Zeugnis da. Anders wenn etwa eine Gemeinde für ihr Vorhaben die Enteignung begehrt oder ein beliehener Unternehmer innerhalb eines in der Verleihung ge-

---

[19] So bayr. Ent.ges. art. I A Ziff. 13; das Beispiel der Verbreiterung einer Strafse, das Hartmann, Ges. über Zwangsabtretung S. 28 Note 11 anführt, pafst allerdings nicht. Als polizeiliche Mafsregel würden wir auch, trotz des Wortlautes des Gesetzes Ziff. 13 und 14, die Schaffung eines Schutzstreifens für Kunstsammlungen nicht ansehen. Mit Recht hat man in Preufsen solches schon in der allgemeinen Ermächtigung, für öffentliche Zwecke zu enteignen, begriffen gefunden: Bähr u. Langerhans, Ent.Ges. S. 10; über den grundsätzlichen Ausschlufs polizeilicher Zwecke ebenda S. 3 u. 4. Dagegen ist hierher gehörig Franz. Ges. v. 13. April 1850 über gesundheitsgefährliche Wohnungen; Theorie d. Franz. V.R. S. 237.

[20] Es kann dabei überdies noch ein öffentliches Interesse auf der anderen Seite abzuwägen sein (unten Note 30).

lassenen Spielraums sich weiter ausdehnen will. Da wird auch diese Seite der Sache noch allen Ernstes geprüft werden, bevor man zuläfst. Das macht einen wichtigen Unterschied; aber er ist doch mehr thatsächlicher Natur.

2. Die Nützlichkeit eines Unternehmens und seine Wichtigkeit für das Gemeinwohl genügen nicht. Es mufs ein Stück der öffentlichen Verwaltung sein und dazu kann es nur werden in der Hand eines Rechtssubjektes, das fähig ist, als Träger öffentlicher Verwaltung aufzutreten[21].

Die Feststellung des Enteignungsfalles enthält daher als zweites Stück den Ausspruch, dafs dieses Erfordernis eines geeigneten Unternehmers gegeben ist. Das hat nicht blofs Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit der Enteignung für dieses Unternehmen. Es sind aufser dem Staate noch andere Rechtssubjekte als Unternehmer möglich. Das Unternehmen, welches in diesem Verfahren seine Kraft gegenüber dem Privateigentum bewährt, thut das mit Rechtswirkung für seinen Herrn, für das bestimmte Rechtssubjekt, dem es gehört. Dieses wird hier bezeichnet. Damit ist die betreibende Partei unterschieden für den weiteren Prozefs und der künftige Erwerber (unten S. 35).

Die Prüfung aber, welche dieser Feststellung vorangeht, erstreckt sich darauf, ob der Unternehmer innerhalb des Kreises der ihm zustehenden öffentlichen Verwaltung sich bewegt und ob er ordnungsmäfsig vertreten ist, um aus der Enteignung berechtigt und verpflichtet zu werden. In beiden Richtungen kann der Akt selbst, der die Feststellung macht, vermöge der sonstigen Zuständigkeiten der Stelle, von der er ausgeht, die etwa notwendigen Ergänzungen geben. Abgesehen hiervon ist die Prüfung, im Gegensatz zu dem unter n. 1 behandelten Punkte, durchaus nur darauf gerichtet, zu finden und anzuerkennen, was Rechtens ist, ohne alles freie Ermessen.

Was zu prüfen und nötigenfalls zu ergänzen ist, wird verschieden sein nach der Art des Rechtssubjektes, das als Unternehmer auftritt, d. h. nach dem Rechtstitel, durch welchen es zur Führung öffentlicher Verwaltung berufen ist.

---

[21] Dafs die Stellung des Unternehmers eine öffentlichrechtliche ist, wird auch sonst betont: ein „Imperium" steht hinter ihm (Seydel, Bayr. St.R. III S. 629), ein Hoheitsrecht ist „in seiner individuellen Sphäre lokalisiert" (Jellinek, Subj. öff. R. S. 241 Note 1) oder man nennt ihn Mandatar, Cessionar des Staates u. s. w. Wir sagen aber: er mufs diese Stellung von aufserhalb des Enteignungsverfahrens haben; dieses zieht nur Folgen daraus und setzt sie um in die bestimmten Rechtswirkungen.

Dreierlei Fälle sind möglich.

Der erste ist der, wo der Staat selbst der Unternehmer ist. Seine Fähigkeit, öffentliche Verwaltung zu führen, ist unbegrenzt. Ob er gehörig vertreten ist, hängt von der zu prüfenden Zuständigkeit des Amtes ab, welches mit der Betreibung der Enteignung sich befafst. Insofern die Feststellung des Enteignungsfalles von der obersten Stelle ausgeht, kann sich mit diesem Akte eine selbständige Begründung der Zuständigkeit, durch besondere Beauftragung, unmittelbar verbinden.

Zwischen dem Staat als Unternehmer und dem Staat, der die Enteignung aussprechen lassen will, besteht kein Rechtsverhältnis. Er ist beiderseits das nämliche eine Rechtssubjekt, nur in verteilten Zuständigkeiten vertreten, ähnlich wie in der Strafrechtspflege durch Staatsanwaltschaft und Gericht. Will man wie dort nach diesen Zuständigkeiten Rechte unterscheiden, die für ihn geltend gemacht werden, so entspricht seinem Strafrecht hier sein Enteignungsrecht, seinem Strafverfolgungs- und Strafvollzugsrecht hier das „Recht" der Betreibung und Ausnutzung der Enteignung für sein Unternehmen[22]. —

Der zweite Fall ist der, wo eine untergeordnete juristische Person des öffentlichen Rechts, ein Selbstverwaltungskörper, das Unternehmen als eigene Angelegenheit ausführen will (unten § 55 ff.). Die eigenen Angelegenheiten der Selbstverwaltungskörper sind Stücke der öffentlichen Verwaltung, die sie an Stelle des Staates üben. Der Unternehmer betreibt also hier das Verfahren kraft Selbstverwaltungsrechts.

Zu prüfen ist die Frage, ob die Enteignung noch in rechtmäfsiger Ausübung seines Rechtes begehrt wird. Es kann insbesondere eine Genehmigung von Aufsichtswegen für ein solches Vorgehen erforder-

---

[22] Nach Eger, EisenbahnR. I S. 322 „verleiht der Staat auch dem Fiskus das Enteignungsrecht". Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 13; Loebell, Preufs. Ent.Ges. S. 15. Das Unternehmerrecht ist gemeint; über den Namen streiten wir nicht. Man geht davon aus, dafs dem Privatunternehmer dieses Enteignungsrecht verliehen werde, was selbst schon nur eine Vermengung zweier Begriffe ist (unten S. 18). Der Gleichförmigkeit halber mufs sich dann auch der Staat in zwei Personen spalten lassen, von denen die eine der anderen verleiht. So kommen wir geradewegs auf die „glückliche Fiktion" des Polizeistaates zurück, die für das heutige Recht schlechthin eine Unwahrheit ist. In der Wirklichkeit des Vorganges ist von alle dem nichts zu finden. Die Übereinstimmung mit den anderen Fällen der Enteignung stellt sich im Gegenteil dadurch her, dafs auch in diesen der Unternehmer, nachdem er überhaupt einmal als berufen zu öffentlicher Verwaltung anerkannt ist, nichts mehr „verliehen" erhält, nicht mehr „ausgestattet" wird mit Enteignungsrecht, so wenig wie hier der Staat.

lich sein. Dann wird sich diese Genehmigung wieder möglicherweise mit der Anerkennung des Enteignungsfalles unmittelbar verbinden.

Man spricht hier von einem Enteignungsrechte der Gemeinden, Kreise u. s. w. Das ist natürlich ein Recht ganz anderer Art als das auf der gesetzlichen Ermächtigung beruhende sogenannte Enteignungsrecht des Staates, von welchem wir oben S. 6 gesprochen haben. Es kann zweierlei bedeuten.

Einmal den Anspruch der Gemeinde dem Staate gegenüber auf Zulassung der Enteignung für ihre Unternehmungen, sofern er die sonstigen Voraussetzungen der Enteignung für sein eigenes Unternehmen in solchem Fall gegeben fände, d. h. auf die Anerkennung der von ihr innerhalb ihres Selbstverwaltungsrechtes beschlossenen Unternehmungen als öffentlicher. Dieser Anspruch ist nur ein Stück und Ausflufs des ihr dem Staate gegenüber überhaupt zustehenden Selbstverwaltungsrechtes.

Sodann aber bedeutet es dem Unterthanen gegenüber die rechtliche Möglichkeit, für ihr Unternehmen die Zulassung der Enteignung zu erwirken, und nach geschehener Zulassung die Befugnis, die Enteignung gegen ihn zu betreiben mit der Folge, dafs die Wirkungen daraus für sie eintreten. Das ist dann das nämliche Recht, welches der Staat im ersten Falle selbst hat und durch das betreibende Amt ausübt, neben dem Rechte, das er durch die Enteignungsbehörde ausübt: das Unternehmerrecht neben dem Enteignungsrecht. Nennt man ersteres auch Enteignungsrecht, so hat eben der Staat zweierlei Enteignungsrechte[23]. —

---

[23] Grünhut, Ent.R. S. 79: „Rücksichtlich gewisser öffentlicher Angelegenheiten, ... welche in den natürlichen Bereich der Selbstverwaltung fallen, räumt der Staat seinen Platz unter Wahrung seines Rechtes zur Überwachung der Provinz-, Kreis-, Gemeinde-Verwaltung; diese kann daher rücksichtlich der ihrer Selbstverwaltung überlassenen öffentlichen Angelegenheiten das Enteignungsrecht geltend machen.“ Der Staat räumt seinen Platz im Enteignungsverfahren nicht vollständig, sondern behält noch den wichtigen Platz zurück, den die Enteignungsbehörde ausfüllt; es handelt sich nur um die Unternehmerstellung im Prozesse. Wenn wir aber genau sein wollen, dürfen wir auch nicht sagen: der Staat „räume dafür seinen Platz“. Er hat ihn geräumt laut Verfassungsrecht des Selbstverwaltungsträgers, um dessen Angelegenheit es sich handelt: er erkennt jetzt nur an, dafs diese grofse Platzeinräumung für dieses Unternehmen zutrifft. Im übrigen stellt er zu Gunsten dieses Unternehmens alsdann den Enteignungsfall fest, wie er es für sein eignes thun würde: das ist hier so wenig eine Platzeinräumung wie dort. Die Bedeutung des Selbstverwaltungsrechts kommt etwas besser zum Ausdruck bei v. Rohland, Ent.R.: Gemeinden, sagt er, können „für ihre Zwecke die Ausübung des Enteignungsrechtes beanspruchen“ (S. 13); die Gemeinde hat „einen Anspruch auf Ausübung des Enteignungsrechtes durch den Staat“ (S. 14)

Endlich kann das Unternehmen, für welches enteignet wird, auch ausgehen von einem Einzelnen, einer Gesellschaft oder einer juristischen Person, der es nicht kraft Selbstverwaltungsrechtes zusteht. Damit es als ein öffentliches im Sinne des Enteignungsgesetzes gelte, genügt auch hier nicht seine öffentliche Nützlichkeit dem Gegenstande nach. Es mufs auch in den Händen des Privatunternehmers in rechtlichem Zusammenhang stehen mit der öffentlichen Gewalt, abgeleitet von dieser. Die Form dafür gibt das Rechtsinstitut der Konzession, der Verleihung öffentlicher Unternehmungen (unten § 49). Das verliehene Unternehmen ist ein Stück öffentlicher Verwaltung. Der Beliehene wird durch die Verleihung befähigt, die Enteignung dafür zu betreiben, wie die Gemeinde für das ihrige durch ihr Selbstverwaltungsrecht.

Man kann hier wieder von einem Enteignungsrechte des beliehenen Unternehmers sprechen ganz in dem nämlichen zwiefachen Sinne, wie bei der Gemeinde und ganz in der nämlichen Uneigentlichkeit. Die zur Anerkennung des Enteignungsfalles berufene Behörde prüft den Rechtstitel des Beliehenen vor der Frage der sonstigen Zulässigkeit der Enteignung Wiederum aber ist sie imstande, jene Voraussetzung unmittelbar selbst zu schaffen, die Verleihung gleichzeitig zu erteilen, wie sie im ersten Fall gleichzeitig die Zuständigkeit des betreibenden

Das ist jenes erste „Recht“ der Gemeinde, von dem wir oben sprachen. Aber warum nennt dann v. Rohland denjenigen, der nur einen Anspruch gegen den Staat hat, dafs durch diesen das Enteignungsrecht für ihn ausgeübt werde, den Enteigner? G. Meyer, R. der Expropriation S. 260, fafst die Sache so auf, dafs das Expropriationsrecht wohl von Hause aus dem Staate zustehe; der Staat aber könne auch eine andere Person, insbesondere eine Gemeinde damit „ausstatten“. Nun macht aber der Staat, nachdem einmal die Selbstverwaltungsangelegenheit anerkannt ist, zu Gunsten der Gemeinde nichts anderes als die nämliche Feststellung des Enteignungsfalles, die er auch für sich selbst macht: stattet er sich also vielleicht auch selbst aus? Dieser Ausstattungsakt tritt am schroffsten auf bei Thiel, Das Expropriationsrecht S. 17, 20. Hier wird wieder mit aller Entschiedenheit davon ausgegangen, „dafs der Staat allein als der Expropriant aufzufassen ist“. Was hat aber dann die Gemeinde? Ein mandatum ad agendum: sie ist Cessionarin des Staates, denn das Expropriationsrecht ist „cessibel“! Mit dem ersten Satz: nur dem Staate gehört das Expropriationsrecht, hat man immer den obrigkeitlichen Eingriff im Ausspruch der Verwaltungsbehörde im Auge, mit der Cession dagegen läfst man diesen wieder bei Seite und denkt nur an die Unternehmerstellung. Wenn man dabei gar nicht berücksichtigt, dafs diese Stellung, die Fähigkeit, öffentliche Unternehmungen zu führen und zu vertreten, schon im Selbstverwaltungsrechte gegeben ist, so ist daran wieder der Gleichförmigkeitstrieb schuld; die Gemeinde ist eine „andere Person“ gleich dem Privatunternehmer und soll wie dieser erst „ausgestattet“ werden.

Amtes begründen, im zweiten Fall die aufsichtsrechtliche Genehmigung des Gemeindebeschlusses geben kann.

Und zwar findet sich solche Verbindung hier besonders häufig. Man spricht abgekürzt von der Verleihung des Expropriationsrechtes an den Unternehmer. In Wirklichkeit wird das Enteignungsrecht, wie es durch die Enteignungsbehörde geübt wird, niemals verliehen, so wenig wie die Gerichtsbarkeit. Das Enteignungsrecht aber im Sinne der Fähigkeit, betreibender Teil im Enteignungsverfahren zu sein, ist nicht selbständiger Gegenstand einer Verleihung, vielmehr nur eine Folgerung, die der Staat zieht aus der geschehenen oder gleichzeitig stattfindenden Verleihung eines öffentlichen Unternehmens.

Es wird auf das Gesuch hin ausgesprochen: dieses bestimmte Unternehmen in der Hand dieses bestimmten Unternehmers, also z. B. der Eisenbahnbau, Chausseebau, Kanalbau, die Sumpfaustrocknung, wird als öffentliches Unternehmen anerkannt. Darin liegt die Verleihung mit allen besonderen Pflichten und Befugnissen, welche aus diesem öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäfte sich ergeben. Und daran schliefst sich dann die Feststellung des Enteignungsfalles zu Gunsten dieses Unternehmens und des Unternehmers, die für sich so wenig eine Verleihung ist, wie die gleiche Feststellung, die zu Gunsten des Staates selbst oder der Gemeinde gemacht wird[24].

[24] Der Sachverhalt wird im wesentlichen richtig dargestellt bei v. Rohland, Ent.R. S. 12: „Der Staat verleiht nicht das Expropriationsrecht, dasselbe ist im Gegenteil sein unveräufserliches Hoheitsrecht, welches er anerkanntermafsen allein durch seine Organe ausübt. Der Staat prüft ein Unternehmen darauf hin, ob es einen öffentlichen Zweck verfolgt. Ist das der Fall, so erkennt der Staat an, dafs die Voraussetzungen für die Anwendung des Enteignungsrechtes gegeben sind, und wird für den Unternehmer in doppelter Weise thätig." Die Verleihung kommt dabei allerdings nicht in ihrer ganzen rechtlichen Bedeutung zur Geltung. Laband in Arch. f. civil. Pr. 52 S. 170, nachdem er den Staat allein als den Enteigner bestimmt hat, bezeichnet die Stellung der konzessionierten Aktiengesellschaft, welche die Eisenbahn unternehmen soll, lediglich so: „Der Staat ermächtigt sie, zur Hebung des öffentlichen Verkehrs, soweit es erforderlich ist, die im Privateigentum stehenden Grundstücke zur Anlage der Strafse verwenden zu dürfen." Wörtlich zu nehmen ist diese Ermächtigung nicht. Thiel, Expropr.R. S. 20, hat natürlich gerade für diesen Fall seine Erklärung geben wollen mit der Cession des staatlichen Expropriationsrechts. Bei den Beratungen des bayrischen Enteignungsgesetzes wurde der Satz aufgestellt, dafs Private sich nur „als Mandatare des Staates des Expropriationsrechts bedienen" (Seydel, Bayr. St.R. III S. 629 Note 5; Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 34). — Die klarste juristische Auffassung der Sache findet sich wohl bei Prazack, R. der Enteignung S. 67 Note 9: das Recht der Enteignung ist überall ein staatliches Recht; wenn das Recht der Expropriation eingeräumt wird,

III. An die Feststellung des Enteignungsfalles schliefst sich dann das zweite Stück des Enteignungsverfahrens: die Bestimmung der einzelnen Grundstücke, welche für dieses Unternehmen erforderlich sind und von der Enteignung betroffen sein sollen. Damit wird die unmittelbare Wirkung geübt, für welche der erste Akt nur die Grundlage schafft.

In diesem Teile des Verfahrens erhält deshalb der Unternehmer seinen bestimmten Gegner in dem von dem Eingriffe Betroffenen, dem Eigentümer des in Anspruch genommenen Grundstückes. Ein Gehör für die Beteiligten, vor allem auch für die so Bedrohten, kann schon im ersten Teil im Hinblick auf den festzustellenden Enteignungsfall eröffnet sein[25]. Jetzt wird es zu einer wesentlichen Bedingung des gesetzlich geordneten Verfahrens, dafs dasselbe gegen den Eigentümer sich richte. Diesem werden die beabsichtigten Verfügungen mitgeteilt, die ausgesprochenen kundgegeben, er mufs vorher seine Einwendungen vorbringen und nachher Beschwerden erheben können.

Von der Erfüllung dieser Bedingung hängt die Rechtsgültigkeit der Enteignung ab. Sache des betreibenden Unternehmers ist es also, seinen richtigen Gegner zu finden und in seinem Antrag der Enteignungsbehörde zu bezeichnen. Dabei kann sich nun eine Schwierigkeit ergeben. Die Bezeichnung des richtigen Gegners ist nämlich verhältnismäfsig leicht zu beschaffen, wo, wie jetzt meist in Deutschland, ein geordnetes Grundbuch in irgend einer Form besteht. Selbst dann ist ein Fehlgehen möglich. Noch mehr aber würde da, wo der als Eigentümer Geltende nicht in solcher Weise formell kenntlich gemacht ist, die ausgesprochene Enteignung an einer gewissen Unsicherheit leiden: das Grundstück hat sie ja immer richtig erfafst, aber ob auch die Bedingung der Gültigkeit des Verfahrens erfüllt ist, dafs es gegen den richtigen Eigentümer gegangen sei, kann fraglich werden. Deshalb sind vom Gesetze Mafsregeln vorgezeichnet, welche bestimmt

---

wird hierunter „nicht das Recht der Entziehung von Privateigentum schlechtweg, sondern nur das Recht „der diesbezüglichen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde verstanden“. „Das Recht auf die Expropriation anzutragen, (ist) nur ein Ausflufs des durch die staatliche Konzession erworbenen Rechts zur Ausführung einer im wirtschaftlichen Interesse für notwendig erachteten Unternehmung.“

[25] Beispiele bei Thiel, Expropr.R. S. 98. Nach Bayr. Rechte ist die Genehmigung des Ministeriums zur Enteignung (Feststellung des Enteignungsfalles) zunächst nur eine „Weisung“. Es wird mit den Beteiligten auch über diesen Punkt nachher noch verhandelt; Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 66 ff.

sind, alle diese Unsicherheiten zu beseitigen: bei Erfüllung gewisser Formen soll die Enteignung auch dann gültig sein, wenn der richtige Eigentümer dem Unternehmer nicht gegenüber stand.

Es kann eine Auflegung des Enteignungsplanes vorgeschrieben sein, mit öffentlicher Aufforderung, davon Einsicht zu nehmen; die Enteignungsbehörde hat darauf zu sehen, dafs die Eigentümer darin möglichst richtig angegeben sind. Nach Ablauf der Frist und Erfüllung der weiteren Voraussetzungen wird dann auf Grund des Planes die Enteignung gültig ausgesprochen, auch für den Fall, dafs in der Bezeichnung des Eigentümers ein Irrtum vorlag[26].

Eine andere Form ist die, dafs man in Ermanglung eines Grundbuches den Unternehmer ermächtigt, gegen den im Grundsteuerkataster Eingetragenen wegen des Grundstücks zu verfahren mit der Folge, dafs die auf dieses Verfahren hin ausgesprochene Enteignung des Grundstücks gegen den wahren Eigentümer wirkt[27].

Gerade dadurch, dafs die Person des wahren Eigentümers bei Erfüllung derartiger Formen ganz aufser Spiel bleiben kann, bekundet sich die rechtliche Natur der Enteignung aufs deutlichste mit ihrer dinglichen Richtung.

Was die im Verfahren gegen diesen Gegner zu enteignenden

---

[26] So nach Preufs. Ges. v. 11. Juni 1874. Bei den Beratungen war hervorgehoben worden, dafs „im gewöhnlichen Prozefs es Sache des Klägers ist, seine richtigen Gegner aufzufinden“. Hier aber sollen der Enteignungsbehörde die Quellen der Angaben des Unternehmers zur Prüfung vorgelegt werden. Denn es handelt sich um ein Verfahren, „welches die Bestimmung hat, den Streitgegenstand auf den betreibenden Teil als völlig unanfechtbares Eigentum zu übertragen, welches also eventuell auch die Rechte Dritter vernichtet.“ Bähr und Langerhans, Ges. über die Enteignung S. 81. — Ähnlich das Bayr. Enteignungsges. v. 17. Nov. 1837 art. XV: Auflegung der Pläne zur Einsicht, öffentliche Aufforderung, schriftliche Ladung aller Beteiligten zu einer Verhandlungstagfahrt. Ist ein Beteiligter irrtümlich nicht zugezogen worden, so kann die abgeschlossene Enteignung nicht als ungültig angefochten werden. Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 68 Note 1. — Nach Sächs. R. ist die Auffindung des richtigen Gegners durch den Anschlufs an die Grundbucheinträge gesichert; wenn gleichwohl ein Fehlgehen stattfand, so wirkt die sonst formgerecht durchgeführte Enteignung auch gegen den wahren Eigentümer: Schelcher, Rechtswirkungen S. 94.

[27] Dies ist der Grundsatz des Elsafs-Lothringischen Enteignungsrechts. Das Gesetz v. 3. Mai 1837 art. 5 verfügt, dafs auf dem aufzulegenden Parzellarplan der Eigentümer nach dem Grundsteuerkataster zu bezeichnen sei; gegen diesen erfolgt der Enteignungsbeschlufs des Präfekten und das Enteignungsurteil des Gerichts; ihm wird auch das Urteil zugestellt, um es rechtskräftig zu machen mit Wirkung auf das Grundstück. Über Zweck und rechtliche Bedeutung der Einrichtung: de Lalleau, traité de l'expropriation I n. 101.

Grundstücke selbst anlangt, so sind in dieser Beziehung zwei Punkte besonders zu beachten.

1. Grundsätzlich unterliegen der Enteignung alle Grundstücke des Staatsgebietes ohne Unterschied der Beschaffenheit und der Art der Benutzung und ohne Ansehen des Eigentümers.

Auch die Grundstücke des Staates selbst sind davon nicht ausgeschlossen. Man hat vermeint, es als eine „Absurdität" bezeichnen zu können, dafs der Staat, der doch allein enteignet, sich selbst Gewalt anthun solle[28]. Allein es handelt sich gar nicht einmal um eine vereinzelte Erscheinung. Der Staat verurteilt sich selbst durch seine Gerichte, legt sich selbst öffentliche Lasten auf und stellt sich überhaupt in einer ganzen Reihe von verwaltungsrechtlichen Rechtsinstituten zugleich als der Belastete, Verpflichtete dar; das öffentliche Recht ist rückbezüglich auf den Staat wie das Civilrecht. Das ist ja eben die Bedeutung des Fiskusbegriffes, dafs er den Staat in einer Stellung bezeichnet, in welcher er dem ausgesetzt ist, von öffentlichrechtlichen und civilrechtlichen Rechtsvorgängen getroffen zu werden, wie ein Privater (Bd. I § 12, III n. 2). Fiskus ist der Staat als Vermögenssubjekt, insbesondere also auch als Besitzer von Grundeigentum. Wenn er Grundeigentum besitzt wie ein Privater, so wird sein Eigentum von den Regeln des Civilrechtes getroffen, warum nicht auch von den Regeln des Enteignungsgesetzes?

Insofern das Grundstück bereits in seiner gegenwärtigen Bestimmung einem überwiegenden öffentlichen Interesse dient, steht es ja in der Hand der Enteignungsbehörde, nach ihrem freien Ermessen die Enteignung zu versagen, oder kann sie von höheren Vorgesetzten veranlafst werden, es zu thun. Das ist aber eine Frage, welche sich schon im ersten Stadium. bei der Feststellung des Unternehmens im allgemeinen erledigen wird. Im übrigen wird die Enteignung gegen den Staat selbst ihren praktischen Zweck zumeist darin haben, dafs sie zur Überleitung in das Entschädigungsverfahren dient, in welchem gegenüber dem betreibenden Selbstverwaltungskörper oder dem beliehenen Unternehmer die Entschädigung festgesetzt werden soll nach den Regeln des gemeinen Rechts. Das hat seinen guten Sinn. Ist freilich der Staat zugleich selbst der Unternehmer, so wäre auch das nur vom Standpunkte eines verschrobenen Ressort-Partikularismus aus nötig. Die Verständigung der Behörden, der unternehmenden und der zu enteignenden, oder in ihrer Ermanglung das Eingreifen der

---

[28] So Treichler in Ztschft. f. deutsch. R. XII S. 140.

Centralleitung wird das Verfahren vernünftiger Weise überflüssig machen[29].

Von einer rechtlichen Unmöglichkeit der Enteignung gegen den Staat ist überall keine Rede.

Das alles gilt aber immer nur in der Voraussetzung, dafs der besitzende Staat, gegen den die Enteignung sich richten soll, in seinem Besitze einem gewöhnlichen Privaten gleichsteht, dafs sein Eigentum Privateigentum ist. Nur dann ist er gegenüber der Enteignung der Fiskus, den die für Private gegebenen Ordnungen gleichmäfsig mitzutreffen vermögen. Der Staat kann aber auch Grundstücke haben, die er nicht nach Civilrecht besitzt, in deren Besitz er nicht Fiskus ist. Das ist der Fall des öffentlichen Eigentums. Das Gleiche kann auch bei Selbstverwaltungskörpern, Gemeinden, Kreisen, Provinzen zutreffen; auch diese haben öffentliches Eigentum. Was das öffentliche Eigentum ist, werden wir demnächst noch genauer zu untersuchen haben (unten § 35 u. 36). So viel können wir aber hier schon voraus-nehmen, dafs gegenüber dem öffentlichen Eigentum die Voraussetzung für die Rückbeziehung alles Civilrechtes und öffentlichen Rechtes nicht gegeben ist: in ihm steht der Staat nicht wie ein anderer Privateigentümer da; es ist die nämliche öffentliche Gewalt, die im öffentlichen Eigentum und die im Ausspruch der Enteignung erscheint. Der Schlufs ist gegeben: das Rechtsinstitut der Enteignung ist gegen das öffentliche Eigentum nicht anwendbar[30].

---

[29] Loebell, Das Preufs. Enteignungsges. S. 25: „Ist der Staat, d. h. der Fiskus zugleich Unternehmer, so kann von einer Enteignung von Staatsländereien nicht die Rede sein; Fiskus ist und bleibt Eigentümer der in Betracht kommenden Grundstücke; die anderweite Verwendung derselben ist reine Verwaltungssache." Der letztere Ausdruck geht zu weit: auch die Enteignung ist reine Verwaltungssache. Es soll heifsen: es ist eine Sache, welche die Behörden allein unter einander auszumachen haben. — Vgl. auch Eger, Ges. über die Enteignung I S. 13.

[30] Da der Grund dieses Satzes in der rechtlichen Natur des öffentlichen Eigentums liegt, die rechtliche Natur des öffentlichen Eigentums aber durchaus nicht so bekannt ist, so bemüht man sich verschiedentlich, den Satz mit falschen Gründen zu stützen. Grünhut, Ent.R. S. 76 ff., geht ganz richtig davon aus, dafs bei der Frage, ob die Enteignung auch gegen den Staat zulässig sei, unterschieden werden müsse zwischen dem öffentlichen Gute (öff. Eigentum) und dem Staatsgute (Privateigentum des Staates). Bei ersterem, meint er, sei die Enteignung nicht möglich; denn es diene bereits dem öffentlichen Gebrauch und könne ihm deshalb nicht erst zwangsweise gewidmet werden. Ungefähr ebenso sagt das auch de Lalleau, traité de l'expropriation I n. 182; „en principe" wenigstens, meint er, sei es so. Aber der Grund stimmt doch blofs in gewissen Fällen, wenn etwa Eisenbahnen und Strafsen zusammentreffen. Es giebt auch öffentliches Eigentum, welches nicht dem öffentlichen Gebrauch dient (Festungswerke) und vor allem giebt

Wenn man sich gegen die Anerkennung dieses Satzes teilweise noch sträubt und die Zulässigkeit der Enteignung schlechthin auch für das öffentliche Eigentum behauptet, so geschieht es wesentlich aus Erwägungen der Zweckmäfsigkeit. Es handle sich z. B. um eine Eisenbahnanlage, wofür ein öffentlicher Weg, ein Stück des öffentlichen Flusses oder sonst ein Stück öffentlichen Eigentums in Anspruch genommen werden mufs. Sollte das nun einfach auf dem Wege der Enteignung nicht zu machen sein? Geschieht es nicht thatsächlich doch[31]?

---

es viele Enteignungszwecke, die kein öffentliches Eigentum und keinen öffentlichen Gebrauch herstellen wollen (Gefängnisbauten, Dienstgebäude, Schutz für Museen und Sammlungen, oben Note 19). Da stimmt es dann nicht. — Eger, Ges. über die Enteignung I S. 14, entfernt sich noch weiter von dem wahren Hindernis, das hier besteht. „Es entsteht die Frage, sagt er, ob auch Grundstücke, welche einem mit dem Enteignungsrechte ausgerüsteten Unternehmen angehören und für dieses enteignet worden sind, zu Zwecken eines späteren, gleichfalls mit dem Enteignungsrechte versehenen Unternehmens enteignet werden dürfen." Das ist nicht die richtige Frage. Dafs Grundstücke, welche für den Eisenbahnbau enteignet worden waren und nicht für die Verkehrsstrafse selbst dienen, also nicht öffentliches Eigentum geworden sind, für die Anlage einer Strafse z. B. hinterdrein wieder enteignet werden können, ist aufser Zweifel. Eger meint: nur dann, wenn die Eisenbahn das Grundstück nicht mehr braucht. Aber auch, wenn sie es noch benützt als Teil des Hofes ihrer Reparaturwerkstätte, oder zur Lagerung von Materialien, geht die Enteignung ihren Gang, gerade so, wie wenn sie das Grundstück gekauft hätte. Und umgekehrt: wenn das Grundstück öffentliches Eigentum ist, entsteht der Zweifel an der Zulässigkeit der Enteignung, gleichviel wie es erworben wurde. Eger führt das Beispiel eines Begräbnisplatzes an, durch den eine Eisenbahn geführt werden soll. Er ist wohl selbst nicht der Meinung, dafs das ohne Schwierigkeit geschehen könne, wenn die Gemeinde seiner Zeit das Grundstück gekauft oder geschenkt bekommen hat oder wenn man, wie es oft der Fall sein wird, gar nicht mehr weifs, woher es stammt. Das „mit dem Enteignungsrecht ausgerüstete Unternehmen", welches Eger hier vorschwebt, soll aber wohl bedeuten: ein Unternehmen, für welches seinem Gegenstand und seinem Unternehmer nach Enteignung auch künftig möglich ist. Da soll denn Enteignung nicht dagegen zulässig sein, weil es sofort wieder kommen könnte und zurückenteignen. Allein so steht die Sache nicht. Die Enteignung beruht immer auf einem Abwägen des öffentlichen Interesses nach Zeit und Gelegenheit und Wert der verschiedenen Unternehmungen. „Ausgerüstet" und „nicht ausgerüstet" sind nicht feststehende Gegensätze. Die Unzugänglichkeit des öffentlichen Eigentums für die Enteignung aber ist formal juristischer Natur.

[31] v. Rohland, Ent.R. S. 20, glaubt die Zulässigkeit der Enteignung von öffentlichem Eigentum schon durch die Widerlegung von Grünhuts zu weit gehenden Auffassungen zu begründen. Prazak, R. der Enteignung S. 76 Note 11, weist dazu noch auf die Unzuträglichkeiten hin, welche ein solches unbedingtes Verbot mit sich führen würde. — Die Zulässigkeit der Enteignung zum Zweck der Anlage von Eisenbahngeleisen über eine Distriktsstrafse wird scheinbar

Die Lösung liegt darin, dafs das öffentliche Eigentum selbst in seinem Rechtsbestande nicht unabänderlich ist. Es kann seiner öffentlichrechtlichen Natur entkleidet werden durch einen Akt der darüber gesetzten Behörde, die Auflassung, Aufhebung, Deklassierung; davon soll unten (§ 36, III) noch eingehender gehandelt werden. Die Auflassung bewirkt, dafs das Grundstück dem Staate, der Gemeinde, oder wem es sonst bisher schon gehörte, fortan nach gewöhnlichem Privateigentum zusteht, folglich auch Gegenstand der Enteignung sein kann.

Überall also, wo das Enteignungsverfahren für ein öffentliches Unternehmen auf öffentliches Eigentum stöfst, kann die Durchführung vermittelt werden durch eine Auflassung, aber auch nur durch eine solche wird sie möglich. Der dazu nötige Akt wird sich in zwangloser Weise mit dem ganzen Prozefs verbinden, auch stillschweigend kann er erfolgen. Im Falle die zunächst dazu berufene Behörde, die als Vertreterin des Herrn der öffentlichen Sache von dem Unternehmer anzugehen und als Beteiligte in das Verfahren zu ziehen war, sich weigert, in die Auflassung zu willigen, wird in Frage kommen, inwieweit auf dem Wege der Beschwerde oder der Anrufung einer Aufsichtsgewalt diese Auflassung doch noch zu erreichen ist. Die Gewalt des Enteignungsausspruches für sich allein dringt hier nicht durch[32].

---

ohne weiteres vorausgesetzt in V.G.H. v. 4. Mai 1876 (Samml. VII S. 231). Ob dabei nicht eher Zwang im Aufsichtswege und dergleichen gemeint ist? Vgl. unten Note 33.

[32] Das Hindernis, welches der Enteignung hier entgegensteht und welches es zu beseitigen gilt, wird von de Lalleau, traité de l'expr. I n. 182, folgendermafsen bezeichnet: „Il faut donc reconnaître, que . . . la loi . . . ne peut pas s'entendre de l'aliénation du domaine public proprement dit (also hier das wirkliche öffentliche Eigentum gemeint, vgl. oben Note 18); que cela serait trop contraire aux principes et aux art. 538 und 2226 du c. c., qui consacrent l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité du »domaine public«. Les objets qui le composent ne deviennent aliénables que lorsqu'ils en ont été détachés par changement de nature et de destination et qu'ils ont été remis aux corps administratifs pour faire partie des biens ordinaires et patrimoniaux.“ Der Akt, durch den das geschieht, ist das déclassement, die Auflassung. — Unsere Schriftsteller beobachten ganz richtig, dafs hier immer noch etwas aufserhalb des Enteignungsverfahrens vor sich geht; den Sinn davon geben sie aber nur sehr ungenau wieder und mischen andere Dinge herein. Eger, Ges. über die Enteignung I S. 14, bemerkt mit Recht, dafs der verlassene Bahndamm ohne weiteres enteignet werden kann; hier hat eben die Auflassung stattgefunden. Im übrigen geht Eger davon aus, dafs nicht das öffentliche Eigentum die Schwierigkeit macht, sondern die Fähigkeit des angegriffenen Unternehmens, ebenfalls zur Enteignung zugelassen zu werden (oben Note 30); da soll denn nach der verschiedenen Stärke des öffentlichen Interesses,

Es ist deshalb nicht richtig, zu sagen: öffentliches Eigentum kann enteignet werden. Richtig ist, dafs öffentliches Eigentum aus Anlafs des Enteignungsverfahrens aufgelassen und alsdann das daraus entstandene civilrechtliche Eigentum des Staates, der Gemeinde, im gewöhnlichen Gange des Verfahrens zur Enteignung gebracht werden kann[33].

welches jedes vertritt, sich entscheiden, welches zurückweicht. Die Entscheidung darüber gehört aber nach ihm nicht in das ordentliche Enteignungsverfahren (a. a. O. S. 17). Das was da aufserhalb des Enteignungsverfahrens vor sich geht, das ist insbesondere auch die Erledigung der Auflassungsfrage. Wegen dieser aber haben wir inzwischen im Enteignungsverfahren selbst eine rechtliche Ordnung zu beobachten, und die beruht eben auf dem Satz, dafs das öffentliche Eigentum, so lange es besteht, der Enteignung unzugänglich ist. Auch Bähr u. Langerhans, Ges. über die Enteignung S. 12 Note 2, nehmen an, dafs eine Frage dieser Art nicht innerhalb des Enteignungsverfahrens gelöst werden könne; im Falle Widerspruch erhoben werde, müsse eine königliche Verordnung ergehen, — womit das, was zu geschehen hat, allerdings sehr ungenau bezeichnet ist. Dalcke, Ges. über die Enteignung S. 36, meint: „Es wird allerdings Sache der Staatsgewalt sein, in jedem einzelnen Falle vor der Verleihung des Expropriationsrechts zu prüfen, ob und in welchem Umfange Staatseigentum enteignet werden mufs, und von dem Resultate dieser Prüfung die Verleihung abhängig zu machen; ist die letztere aber einmal erfolgt, dann steht das Eigentum des Staates dem der Privaten in Bezug auf die Expropriation völlig gleich.“ Danach wäre also die Auflassung des etwa betroffenen öffentlichen Eigentums schon in der Feststellung des Enteignungsfalles enthalten. Allein bei dieser Gelegenheit liegt eine Bezeichnung der einzelnen Grundstücke noch gar nicht vor: es wird ja zunächst „nur ein allgemeiner Plan des Unternehmens“ vorgelegt (Dalcke a. a. O. S. 79). Wenn sich nun nachträglich ergiebt, dafs auch eine öffentliche Strafse berührt wird, soll diese stillschweigend im voraus aufgelassen sein? Vgl. auch Loebell, das Preufs. Enteignungsges. S. 102. — Einen Rechtsfall dieser Art behandelt R.G. 13. Jan. 1882 (Samml. VI S. 160 ff.): Ein Stück öffentlichen Wegs, einer Feldmarksgenossenschaft gehörig, war für die Eisenbahnanlage enteignet worden; ein Mann, der dadurch genötigt ist, Umwege zu machen, klagt auf Schadensersatz. Das OberL.G. Braunschweig führt aus: „Nach den Vorschriften der Braunschweigischen Wegegesetzgebung könne die Aufhebung eines öffentlichen Weges der hier fraglichen Art nur erfolgen, wenn zuvor die betreffenden Selbstverwaltungsvertretungen sich einverstanden erklärt haben. Im vorliegenden Falle sei dies ressortmäfsige Verfahren nicht eingeschlagen worden, die Aufhebung der fraglichen Wegestrecke sei vielmehr erfolgt durch eine auf der Ausübung des Expropriationsrechts beruhende Verfügung des Herzoglichen Staatsministeriums.“ Das Gericht aber war natürlich nicht zuständig, die bei Einleitung des Enteignungsverfahrens über den fraglichen Weg ergangene Aufhebungs(Auflassungs-)verfügung des Ministeriums wegen des begangenen Formfehlers für ungültig zu erklären. Aufhebung und Enteignung wurden demgemäfs als zu Recht bestehend anerkannt, und das Reichsgericht hat es dabei belassen.

[33] Wenn das öffentliche Unternehmen, für welches enteignet wird, auf öffentliches Eigentum stöfst, so kann natürlich auch anders geholfen werden. Das neue

2. In welchem Umfange das Grundeigentum in Anspruch genommen werden soll, bestimmt sich einzig nach dem Bedürfnis des Unternehmens. Es ist eine Zweckmäfsigkeitsfrage und als solche eine Frage des freien Ermessens. Dieses Ermessen bleibt ein freies, auch wenn es der Forderung unterliegt, dafs es geleitet sei von Verstand und Gerechtigkeit; es hat eine Grenze nur an dem Punkte, wo es in offenbaren Mifsbrauch übergeht[34].

Auf mehr, als nach solchem Ermessen nötig erscheinen mag, soll die Enteignung nicht gehen. Diese Regel entscheidet nicht blofs über die Frage, ob das einzelne Grundstück überhaupt in Anspruch zu nehmen ist, sondern auch über das Mafs, in welchem es zu erfasssen ist: von jedem einzelnen darf nicht mehr genommen werden, als der Zweck erfordert.

Das Gesetz kann aber durch ausdrückliche Bestimmung Abweichungen von diesem Grundsatze vorschreiben, sodafs die Behörde die Enteignung aussprechen mufs auch über Grundstücke und Grundstücksteile, welche nach ihrem Ermessen für das Unternehmen selbst nicht erforderlich wären. Diese Ausdehnung der Enteignung über ihren eigentlichen Zweck hinaus hat jeweils die Bedeutung einer besonderen Berücksichtigung des Vermögensinteresses des einen oder des anderen Teiles. Sie kommt demgemäfs immer nur zur Anwendung infolge und auf Grund einer besonderen darauf gerichteten Willenserklärung des Begünstigten.

Hierher gehören Ausnahmsbestimmungen, welche dem Unternehmer

Unternehmen kann ausweichen. Es kann ihm aber auch ein Mitbesitz und Mitgenufs am öffentlichen Eigentum eingeräumt werden. Das bedeutet entweder die Neuordnung der Bestimmung einer öffentlichen Sache (unten § 36, I n. 1) oder die Verleihung einer besonderen Nutzung daran zu Gunsten des neuen Unternehmens (unten § 39) oder die Beschränkung einer vorhandenen verliehenen Nutzung, einen teilweisen Widerruf der alten Verleihung zu Gunsten des neuen Unternehmens. Handelt es sich um das öffentliche Eigentum eines Selbstverwaltungskörpers, so können diese Gestattungen der Mitbenutzung möglicherweise im Aufsichtswege erzwungen werden (unten § 59). Beispiele bei de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 182; Prazak, R. der Enteignung S. 76 Anm. 11; F. Seydel, Ges. über die Enteignung S. 7 Note d; hierher gehören auch die Normativbestimmungen über die Mitbenutzung von Chausseen und anderen öffentlichen Wegen zur Anlage von Eisenbahnen untergeordneter Bedeutung in Erlasse des Preufs. M. d. öff. Arb. v. 8. März 1881. Das sind alles juristisch sehr bedeutsame Vorgänge, aber keine Enteignungen, wie F. Seydel a. a. O. meint. Im Zusammenhange der zugehörigen Rechtsinstitute werden sie sich näher erläutern.

[34] Seydel, Bayr. St.R. III S. 646 Note 2, will insbesondere auch diesen Punkt als einen Gegenstand „richterlichen Ermessens“ für die Verwaltungsrechtspflege in Anspruch nehmen. Vgl. oben Note 14.

gestatten, zugleich auch die durch sein Unternehmen im Werte gesteigerten angrenzenden Grundstücke an sich zu ziehen, d. h. mit in der Enteignung begreifen zu lassen. So bei den oben (Note 17) erwähnten Zonenexpropriationen.

Einen regelmäfsigen Bestandteil der allgemeinen Enteignungsgesetze bildet die freigestellte Ausdehnung der Enteignung behufs besserer Lösung der Entschädigungsfrage.

Der Enteignete kann verlangen, dafs von dem Unternehmer ein gröfseres Stück der angegriffenen Liegenschaft übernommen wird, als er bedarf, oder diese Liegenschaft ganz, falls nämlich die Enteignung, innerhalb ihrer natürlichen Grenzen durchgeführt, ein für seinen Zweck nicht wohl brauchbares Restgrundstück zurücklassen würde. So vor allem, wenn die Enteignung Gebäudeteile trifft oder ein Grundstück allzusehr zerstückelt. Die Minderwertigkeit der Übrigbleibenden würde ohnehin durch Entschädigung ausgeglichen werden müssen. Der Zwang zur Übernahme des Ganzen vereinfacht nur die Erledigung dieses Punktes. Der Zwang besteht darin, dafs auf die berechtigter Weise erhobene Forderung des Enteigneten hin die Enteignungsbehörde nur einen auf das Ganze gestellten Enteignungsantrag des Betreibenden zusprechen darf, den gestellten und aufrechterhaltenen Teilantrag aber von selbst als auf das Ganze erweitert anzusehen hat[35].

Manche Gesetze, die Minderzahl, gestatten umgekehrt auch dem Enteigner, in solchen Fällen eine Vereinfachung seiner Entschädigungs-

[35] G. Meyer, R. der Expropr. S. 283, giebt eine Zusammenstellung solcher Bestimmungen. Dazu jetzt vor allem Preufs. Ges. v. 11. Juni 1874 § 9. Der Zwang zur Übernahme, von dem wir oben sprachen, bedeutet immer nur, dafs der Unternehmer entweder alles oder gar nichts nehmen soll; der zulässige Gegenstand der Enteignung ist ihm gesetzlich in dieser Weise abgesteckt. Beharrt er bei seinem Antrag, so mufs er sich gefallen lassen, dafs dieser als auf den gesetzlich zulässigen Gegenstand gerichtet angesehen wird. Ob er aber beharren oder zurücktreten will, ist immer noch Sache seines Entschlusses (vgl. unten § 34, III n. 2). Es ist deshalb nicht richtig, wenn Seydel, Bayr. St.R. III S. 634, sagt: „Die Ansprüche auf Abtretung (Übernahme), welche kraft Enteignungsrechtes gegen den Enteigner gehen, sind mit dem Anspruche des Enteigners rechtlich gleichartig.“ Wir müfsten danach neben das Rechtsinstitut der Zwangsenteignung ein Rechtsinstitut der Zwangszueignung stellen. So fafst es auch Schelcher, Rechtswirkungen der Enteignung S. 65: Wie der Enteignete die Sache sich mufs nehmen, so mufs der Unternehmer sie sich aufdrängen lassen; es sind zwei Akte von „innerem, qualitativem Unterschied“. In Wirklichkeit wird aber die Enteignung immer nur durch den Unternehmer in Bewegung gesetzt; er klagt; der andere erhebt nicht die Widerklage, sondern die Einrede der unrichtigen Bezeichnung des Klagegegenstandes, worauf der Kläger sein petitum ausdrücklich oder stillschweigend berichtigt, oder auch die Klage zurückzieht.

pflicht herbeizuführen, indem er freiwillig den Antrag auf Enteignung des Ganzen stellt, auch gegen den Willen des Eigentümers[36].

Das Recht der Inanspruchnahme des einzelnen Grundstückes kann aber nicht blofs räumlich, sondern auch dem Inhalt nach begrenzt sein. Es ist möglich, dafs es für das Bedürfnis des Unternehmers genügt, wenn das Eigentum nicht gänzlich entzogen, sondern nur beschränkt wird. Dann soll wieder grundsätzlich nicht weiter gegangen werden.

Eine derartig beschränkte Enteignung ist in Wirklichkeit nicht sehr gebräuchlich. Man kann allerdings im voraus meist gar nicht berechnen, wie weit der verbleibende Rest des Eigentumsrechtes dem sich entwickelnden Unternehmen störend werden kann.

Rechtlich möglich ist eine solche Beschränkung in verschiedener Weise. Vorausgesetzt ist immer, dafs es sich um eine Beschränkung handelt, die das Privateigentum seiner Natur nach anzunehmen geeignet ist. Wie weit das der Fall ist, entscheidet das Civilrecht.

Es kann eine Teilung des Eigentums bewirkt werden, sofern das Civilrecht einen solchen Zustand für möglich erklärt: eine Teilung nach oben und unten, so dafs z. B. das Unternehmen nur den Untergrund der Liegenschaft in Anspruch nimmt[37].

Es kann die Belastung mit einer Dienstbarkeit stattfinden, in dem Mafse wenigstens, in welchem nach dem bestehenden Civilrecht das Grundeigentum überhaupt solche Belastungen annimmt[38]. Civilrechtlich unmögliche Grunddienstbarkeiten können auch im Wege der Enteignung nicht begründet werden.

§ 34.

Fortsetzung; die Wirkungen der Enteignung.

Die Enteignung hat als Hauptwirkung die ihrem Wesen entsprechende: die Entziehung des Eigentums.

Damit sind die im Verlaufe des Verfahrens dem Grundeigentum

---

[36] Bad. Ges. v. 15. Juni 1835 § 32. Der Entwurf zum Preufs. Ges. v. 11. Juni 1874 enthält eine gleiche Bestimmung; sie wurde jedoch im Abgeordnetenhause abgelehnt; Bähr u. Langerhans, Ges. über die Enteignung S. 41.

[37] Darüber Grünhut, Ent.R. S. 74. Der Hauptfall wird wohl die Anlage eines Tunnels unter den fremden Grundstücken sein.

[38] Das Bayr. Enteignungsges. art. I giebt in diesem Fall dem Enteigneten das Recht, die Ausdehnung der Enteignung auf das volle Eigentum zu verlangen. Die Natur und Wirkung des Rechts ist die oben (Note 35) geschilderte; Seydel, Bayr. St.R. III S. 631; Hartmann, Ges. über Zwangsenteignung S. 24.

auferlegten vorbereitenden Lasten und Beschränkungen zu Ende; dafür knüpfen sich nun daran als Nachwirkungen: das Recht der Besitzergreifung und die Pflicht zur Entschädigung.

Es können aber im Laufe des Verfahrens und nachträglich Zwischenfälle eintreten, welche den Wirkungen beider Art zuvorkommen, sie beeinträchtigen oder aufheben.

I. Dafs den Unterthanen das Eigentum am Grundstück zu Gunsten des öffentlichen Unternehmens entzogen wird, macht den Kern des ganzen Rechtsinstitutes aus. Diese Wirkung ist nach verschiedenen Seiten hin genauer zu bestimmen.

1. Die ältere Theorie war noch unzugänglich für den Gedanken, Rechtsübergänge sich anders zu erklären, als vermittelt durch die gewohnten Formen des Civilrechtes. Die herrschende Meinung war demgemäfs früherhin die, dafs die Enteignung einen Zwangsverkauf bedeute[1].

Die Erkenntnis der Unanwendbarkeit der Regeln des Kaufvertrages führte nachher dazu, eine civilrechtliche Obligation sui generis anzunehmen, welche durch die Enteignung begründet würde. Der Eigentumsübergang vollzöge sich alsdann bei Erfüllung dieser Obligation durch Tradition. Die Obligation selbst ist nach Analogie einer Verkaufsobligation zu behandeln[2].

---

[1] v. Rohland, Ent.R. S. 29, stellt die Vertreter dieser Auffassung unter der Rubrik „die privatrechtlichen Theorien“ zusammen. Bei den praktischen Juristen klingt diese Lehre immer noch nach. Namentlich bei den Kommentatoren zum Preufs. Enteignungsgesetz; Beispiele bei G. Meyer, V.R. I S. 285 Note 11. So auch neuerdings wieder Loebell, Das Preufs. Enteignungsgesetz S. 23: „Auch dem jetzigen Gesetz ist das Enteignungsgeschäft derjenige Vertrag, durch welchen ein Grundeigentümer sein Eigentum ... sei es freiwillig, sei es auf Grund staatlichen Zwangs abzutreten sich verpflichtet.“ Die freiwillige Abtretung ist aber keine Enteignung und bei der Enteignung kommt ein „Sich Verpflichten“ gar nicht vor. — Das Reichsgericht erklärt sich abwechselnd für und gegen die Theorie des Zwangskaufvertrags: dagegen 2. Dez. 1884 (Samml. 12 S. 406); dafür 20. März 1887 (Samml. 18 S. 345). Ein Mittelweg soll es wohl sein, wenn das Sächs. Minist. d. I. (Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 81) meint, es sei „ein zwar auf seiten des Grundstücksbesitzers erzwungener, auf seiten des Unternehmers aber freiwilliger Kauf“.

[2] So G. Meyer, R. der Expropr. S. 184 ff. In V.R. I S. 286 beschränkt er diese Auffassung auf den Fall, wo durch den Akt der Feststellung des Enteignungsgegenstandes nach gesetzlicher Bestimmung der Expropriat zu einer Besitzübertragung verpflichtet ist; dann soll seine Stellung „der eines Verkäufers analog“ sein. In der 1. Aufl. S. 269 Note 13 konnte er dafür aufser seinem Lippe-Detmoldischen Ges. v. 3. Febr. 1869 nur das Hessische Ges. v. 27. Mai 1821 anführen, welches allerdings genau betrachtet auch nicht von einer Obligation des

Unter Verzicht auf das ganze civilrechtliche Zwischenverhältnis lehrt die neuere Theorie, die Wirkung der Enteignung knüpfe sich unmittelbar an einen öffentlichrechtlichen Akt der Staatsgewalt[3].

Wenn man das anfangs vielfach als einen Erwerb durch Gesetz bezeichnet oder den Akt selbst eine lex specialis nennt, so sind das nur unbeholfene Versuche, um zu rechtfertigen, wie da überhaupt eine solche Wirkung erzielt werden kann[4].

Enteigneten spricht. In 2. Aufl. erscheint das erstere allein, da in Hessen das Ges. v. 26. Juni 1884 inzwischen die Formulierungen der andern neueren Gesetzgebungen angenommen hat. Der kleine Rest der ursprünglichen Theorie wird wohl auch noch gestrichen werden können.

[3] So H. A. Zachariae, St.R. II S. 116, 128, wobei nur das alte jus eminens immer wieder dazwischen kommt; derselbe in Gött. Gel. Anz. 1861, I S. 113 ff. Mit durchschlagendem Erfolge Laband in Arch. f. civil. Pr. 52 S. 169. Hier ist namentlich die kritische Abweisung der civilrechtlichen Theorien von bleibendem Werte. — Bezeichnender Weise fügt sich nach und nach selbst die Lehre vom deutschen Privatrecht der neueren Auffassung. Für sie ist das eigentlich ganz besonders schwer. Denn wenn sie sich überhaupt mit der Enteignung beschäftigt, verschleppt sie das Rechtsinstitut von vornherein auf einen unrichtigen, die civilrechtlichen Lösungen begünstigenden Boden. Vgl. v. Roth, D. Pr.R. II S. 236; Beseler, D. Pr.R. Aufl. v. 1885 I S. 382 Note 15 (unter Widerruf der früher vorgetragenen Annahme eines notwendigen Verkaufs). Doch kommen hier auch Rückfälle vor. So erklärt Gerber in D. Pr.R. Aufl. v. 1886 S. 321 Note 1: nachdem er früher die Expropriation als einseitigen Akt aufgefafst, habe er sich jetzt überzeugt, „dafs allein die Auffassung als eines Zwangskaufes berechtigt ist."

[4] Zachariae in Gött. Gel. Anz. 1861, I S. 119: „Die lex specialis ist der .... Entstehungsgrund des Verhältnisses in concreto." Die Enteignung ist „eine durch die lex specialis hervorgerufene vermögensrechtliche Benachteiligung". Ebenso Gruchot in Beitr. zur Erl. d. Preufs. R. IX S. 83: „Die Expropriation vollzieht sich schon mit dem staatsrechtlichen Akte der Enteignung, also mit der wirklichen Durchführung der gegebenen lex specialis" (nebenbei bemerkt, die „Expropriation, die sich mit der Enteignung vollzieht", beweist wieder einmal den Vorteil der Fremdwörter). Mit dieser lex specialis meint man thatsächlich einen Verwaltungsakt; hat man ja doch auch den Verwaltungsakt, der das Staatsdienstverhältnis begründet, früherhin mit diesem Namen bezeichnet: H. A. Zachariae, St.R. II S. 28 Anm. 10; Schmitthenner, Grundlinien S. 498 ff. Laband in Arch. f. civ. Pr. 52 S. 178 macht die Äufserung: „der Eigentumserwerb erfolgt vielmehr durch Gesetz"; Grünhut, Ent.R. S. 183, noch schärfer: „es liegt ein Legalerwerb vor, ein Erwerb ipso jure unmittelbar durch das objektive Recht." G. Meyer, V.R. I S. 285 Note 11, wendet sich dagegen mit der Bemerkung: das Gesetz gebe nur Vorschriften zur Ordnung der Enteignung; um diese herbeizuführen, ist eine besondere Thätigkeit, sei es der Parteien, sei es der Behörde, erfordert. So haben es aber auch Laband und Grünhut gemeint. Die Betonung der einseitig wirksamen Kraft des Gesetzes geschieht nur zur Ablehnung eines

Der Begriff des Verwaltungsaktes mufste sich erst ausbilden, um die volle Erklärung des rechtlichen Vorganges auf die einfachste und kürzeste Weise zu geben. Indem wir den Enteignungsausspruch für einen Verwaltungsakt erklären, weisen wir ihn nicht in allgemeiner unbestimmter Weise dem Gebiet der Verwaltung zu, als eine Thätigkeitsäufserung derselben, als Verwaltungsmafsregel u. dergl. Als Verwaltungsakt ist er die bindende Bestimmung dessen, was für den Unterthanen im Einzelfall Rechtens sein soll (Bd. I, § 8, II n. 1 u. 2). So gut der Verwaltungsakt Gehorsamspflichten, Zahlungspflichten auferlegt, Nutzungen gewährt und Rechtsaussprüche des Unterthanen begründet, kann er auch Eigentum entziehen, und wenn er das thut zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens, ist er das Wirkende in der Enteignung[5].

Die Enteignung fügt sich damit ebenmäfsig ein in das Ganze unserer Verwaltungsrechtsinstitute.

2. Die Wirkung des Enteignungsausspruches, vermöge deren er Eigentum entzieht, kann man sich nun wieder auf zweierlei Weise vorstellen. Entweder man denkt sie sich gegen den Eigentümer gerichtet, dem das Eigentum an seinem Grundstücke dadurch abgenommen wird; das Eigentum geht durch die Kraft des Enteignungsaktes von ihm über auf den Unternehmer. Der Enteignungsanspruch, sagt man, sei persönlicher Art[6]. Oder man läfst die Staatsgewalt durch die Enteignung unmittelbar der Sache sich bemächtigen, um sie dem Unternehmen zu widmen; dafs der bisherige Eigentümer sein Eigentum verliert, ist nur die Folge davon: die Enteignung hat eine dingliche Richtung[7].

Vertrags. Laband vergleicht ja auch die Enteignung sofort mit der Konfiskation und Grünhut nennt sie eine Verwaltungsmafsregel. Das was eigentlich wirkt, hätte allerdings deutlicher hervorgehoben werden können.

[5] G. Meyer, V.R. I S. 286, nennt den entscheidenden Beschlufs der Behörde einen rechtsbegründenden Verwaltungsakt; wenn sich für ihn schon mit dem Wort Verwaltungsakt ein festerer Begriff verbände, wäre der schildernde Zusatz nicht nötig. Weniger bestimmt meinen es andere Schriftsteller mit ihren Ausdrücken; so Grünhut, Ent.R. S. 183: „Verwaltungsmafsregel"; Prazak, R. der Ent. S. 48: „Staatsakt"; v. Rohland, Ent.R. S. 37: „eine Verwaltungsmafregel, eine Verfügung"; Schelcher, Rechtswirkungen S. 16: „ein öffentlichrechtlicher Akt".

[6] Seydel, Bayr. St.R. III S. 628: „der Enteignungsanspruch ist ein persönlicher, kein dinglicher".

[7] Grünhut, Ent.R. S. 180: „Die Übertragung des Eigentums findet bei der Enteignung in einer absoluten Weise statt"; S. 181: „Der Enteigner hat nur das Grundstück im Auge". Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 32; Laband in

Der Unterschied der Auffassungen ist mit „persönlich" und „dinglich" nicht gut bezeichnet. Denn auch die erstere will nicht eine persönliche Pflicht des Enteigneten begründen, welche erst durch Erfüllung Eigentum erzeugt; auch nach ihr wird dinglich gewirkt. Aber es wird dinglich gewirkt nur, um das bei dieser bestimmten Person befindliche Eigentum von ihr abzuziehen. Die zweite Auffassung dagegen läfst die Sache selbst von der öffentlichen Gewalt ergreifen und den Eigentümer bei Seite schieben, wer es auch sei. Der Gegensatz ist also vielmehr der, ob derivativer, abgeleiteter Eigentumserwerb für das Unternehmen bewirkt wird, oder originärer, ursprünglicher[8].

Der Unterschied wird in seinen Folgen an einem Punkte bedeutsam werden. Im ersteren Falle ersetzt die Enteignung nur die freiwillige Veräufserung des Betroffenen; unerläfsliche Bedingung für das Gelingen der Eigentumsbegründung für das Unternehmen mufs also sein, dafs man den richtigen Eigentümer getroffen hat, von dem ab das Eigentum erworben werden soll.

Im zweiten Falle dagegen kommt weder der Wille noch die Rechtsgewährungsfähigkeit eines Autors in Betracht. Es ist billig und ist auch gesetzlich vorgeschrieben, dafs man den bisherigen Eigentümer zuziehe und das Verfahren gegen ihn richte. Diese Formbedingung für die Gültigkeit des Aktes kann aber recht gut auch durch erleichternde Ersatzmittel erfüllt werden, mit welchen das Gesetz die Rücksicht auf den bisherigen Eigentümer genügend gewahrt

---

Arch. f. civ. Pr. 52 S. 174; Prazak, R. der Ent. S. 48; Schelcher, Rechtswirkungen S. 70 ff.

[8] Prazak a. a. O. spricht von der Enteignung geradezu als einer „originären Erwerbsart". Schärfer noch Schelcher, Rechtswirkungen S. 71: „Hieraus folgt, dafs der Eigentumserwerb auf seiten des Unternehmers nicht derivativer, sondern originärer Natur ist. Der Unternehmer erhält sein Recht nicht durch einen Willensakt des Enteigneten, sondern lediglich durch einen Ausspruch der Staatsgewalt übertragen." Dieser Grund allerdings zieht nicht. Der Verwaltungsakt könnte auch blofs das dem Enteigneten, dem angefafsten Gegner zustehende Eigentum übertragen, dann wäre der Erwerb derivativ. Das ist es, worauf in Wahrheit die Auffassung von Seydel hinausläuft. Die Enteignung wirkt auch nach ihm, ohne dafs es auf den Willen des Enteigneten rechtlich irgendwie ankommt (a. a. O. S. 627) und ohne irgend welche Abtretungsformen (S. 635): „Die durchgeführte Enteignung bewirkt den Übergang des Eigentums". Aber „nur, wenn der Enteignete das Recht wirklich besafs" (S. 635 Note 3). Von einer durch die Enteignung auferlegten Obligation im Sinne der älteren Theorie, welche dann durch Abtretung des Eigentums erfüllt würde, ist also auch hier keine Rede; die Enteignung wirkt auch bei Seydel dinglich, aber derivativ, nicht originär.

glaubt: Veröffentlichungen, Zuziehung des prima-facie Berechtigten u. dergl. Wenn diese Formen erfüllt sind, ist das Eigentum für das Unternehmen begründet gegen jedermann, auch gegen den wirklichen Eigentümer, den man etwa übersehen hätte.

Das letztere ist aber, wie wir gesehen haben, thatsächlich die Art, wie gesetzmäfsig bei der Enteignung verfahren wird (oben § 33 S. 20). Die Enteignung ist also offenbar so gedacht, dafs durch den Verwaltungsakt das Eigentum an der Sache unmittelbar, mit ursprünglicher Kraft ergriffen wird; es wird nicht abgeleitet vom bisherigen Besitzer[9].

---

[9] Dafs die Zuziehung des Beteiligten nur die Bedeutung einer Formvorschrift für das Verfahren, nicht die einer Rechtsableitung hat, wird besonders gut hervorgehoben bei Prazak, R. der Ent. S. 48: Die Enteignung ist eine originäre Erwerbsart, „daher der Umstand, ob der Expropriat wirklich selbst Eigentümer des entzogenen Objekts war, nur insofern in Betracht kommt, als bei negativer Beantwortung dieser Frage regelmäfsig die Wahrung der zur Ausübung des Expropriationsrechts gesetzlich vorgeschriebenen Form in Frage gestellt sein dürfte.“ Vgl. auch de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 270. Ob.L.G. Dresden 20. März 1880 (Arch. f. civilrechtliche Entscheidungen 1882 S. 569): „Der Expropriant erwirbt Eigentum an der expropriierten Sache selbst dann, wenn demjenigen, gegen welchen das Expropriationsverfahren sich richtete, Eigentum nicht zustand. Das Eigentumsrecht des Expropriaten ist deshalb für den Exproprianten und dessen Eigentumserwerb etwas rechtlich ganz Bedeutungsloses.“ Das ist aber auch nach Bayr. Enteignungsges. geltendes Recht; vgl. oben § 33 Note 36. Seydel scheint zu seiner widersprechenden Meinung vor allem dadurch gebracht zu sein, dafs das Gesetz den Gegner des Unternehmers im Enteignungsverfahren den „Abtretungspflichtigen“ nannte; wie wenig Wert man aber auf solche Ausdrucksweise legen darf, bemerkt er selbst (a. a. O. S. 647 Note 4). Von wirklichen Gründen für seine Ansicht führt er nur einen an (Bayr. St.R. III S. 628 Anm. 1): „Es wäre an sich auch ein dinglicher Anspruch des Enteigners nicht undenkbar. Aber das bestehende Recht kennt nur einen persönlichen Enteignungsanspruch. Dies ergiebt sich schon aus dessen Bedingtheit durch Entschädigungsleistung.“ Die Pflicht zur Entschädigungsleistung an sich beweist noch gar nichts für eine persönliche Natur des Eingriffs; sonst wären Manöverschäden gleichfalls als Ausflüsse eines persönlichen Anspruches aufzufassen, denn auch an sie knüpft sich die Entschädigungspflicht. Die Bedingtheit der Enteignung durch die Entschädigungsleistung soll es also ausmachen. Allein einerseits giebt das Verfahren durchaus nicht immer die Sicherheit, dafs die Entschädigung an die Person des wirklichen Enteigneten gelangt ist (Bähr u. Langerhans, Preufs. Enteignungsges. S. 80 ff.); und die Bedingung ist doch erfüllt. Andererseits ist die Eigentumsentziehung selbst nicht nach allen Enteignungsgesetzen in solcher Weise bedingt, so z. B. nicht nach dem für unser eigenes Recht so wichtig gewordenen Französischen Enteignungsges., wie es in Els.Lothr. noch gilt. Wäre da der Anspruch ein dinglicher? — Die ursprüngliche Kraft, mit welcher die Enteignung wirkt, zeigt sich insbesondere auch in der Zerstörung der Rechte sonstiger dinglich Berechtigter am Grundstück: Bähr u. Langerhans, Preufs. Enteignungsges. S. 84.

3. Der Herr des öffentlichen Unternehmens, für welches die Enteignung stattfindet, erwirbt dadurch das Eigentum am Grundstück.

Die Art, wie dieser Erwerb vor sich geht, ist überall die gleiche, wer auch der Unternehmer sei, ob der Staat selbst oder eine Gemeinde oder ein beliehener Privatmann.

Man hat diese Gleichheit dadurch herzustellen gesucht, dafs man in allen Fällen den enteignenden Staat wie eine Mittelsperson hineinstellt zwischen den Enteigneten und den Unternehmer. Der Vorgang wäre dann der, dafs der Staat mit der einen Hand die Sache dem Enteigneten nimmt, mit der anderen sie dem Unternehmer giebt; er giebt sie der Gemeinde, dem Beliehenen, und er giebt sie — der Gleichheit halber — auch dem Fiskus[10].

Diese Darstellung ist falsch. Durch den Enteignungsausspruch giebt der Staat nichts, nicht sich selbst und ebensowenig dem ihm gleichgeachteten Unternehmer. Das Enteignungsverfahren ist einheitlich darauf gerichtet, das Eigentum in Anspruch zu nehmen für die öffentliche Verwaltung. Die Wirkung tritt ein für das Subjekt dieser öffentlichen Verwaltung. Da dieses ein verschiedenes sein kann, spaltet sie sich demgemäfs und entsprechend ordnet sich auch schon von vornherein die Rolle des betreibenden Teiles.

Wenn also nicht der Staat selbst, sondern die Gemeinde oder der beliehene Unternehmer erwirbt, so ist das nicht die Folge davon, dafs der Staat ihnen die Wirkung der Enteignung vermittelt, sondern davon, dafs sie die Stelle des Staates in diesem Falle vertreten und deshalb die Wirkungen der Enteignung von selbst aufnehmen.

4. Damit hängt ein anderer Punkt zusammen.

Das Eigentum, das für den Unternehmer begründet wird, ist zweifellos civilrechtlicher Natur; dafs es nachträglich durch Herstellung der Strafse u. s. w. in öffentliches Eigentum verwandelt werden kann (unten § 36, I), ist eine Sache für sich.

Daher die Lehre: die Enteignung sei ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut mit civilrechtlicher Wirkung[11].

---

[10] Diese Anschauung erscheint z. B. bei Loebell, Preufs. Enteignungsges. S. 15: „Eine beliebige (!) Person, Privater, Gemeinde oder Fiskus, will ein Unternehmen ausführen, zu dessen Ausführung sie fremde Rechte erwerben mufs. Sie erlangt das Expropriationsrecht und macht es durch Anrufung der staatlichen Vermittlung, des staatlichen Zwangs geltend.“ Ganz ähnlich Stobbe, D. Pr. St. II S. 173: „Der Staat erklärt, dafs sie unter seiner Vermittlung für ihr Unternehmen fremdes Eigentum erwerben dürfen..“

[11] R.G. 2. Dez. 1884 (Samml. 12 S. 406): „dafs die Berechtigung zur Expropriation und die Verpflichtung, dieselbe sich gefallen zu lassen, auf dem öffent-

Das scheint keine Schwierigkeiten zu haben, wo der Unternehmer ein anderer ist als der Staat. Wo aber der Staat selbst zugleich die Enteignung ausspricht und das Eigentum erwirbt, kommt hier ein gewisser Widerspruch im Rechtsinstitut selbst zum Vorschein. Der Staat tritt darin auf als öffentliche Gewalt; er handelt öffentlichrechtlich; die Wirkung seiner Handlung ist nur ein Stück seiner Handlung. Wie kann er in dieser auf einmal etwas anderes sein als öffentliche Gewalt, und zwar gerade das Gegenteil davon, ein Rechtssubjekt wie die Unterthanen, dem gleichberechtigenden Civilrecht unterworfen?

Hier hilft eben dann nur die Hereinziehung der Lehre vom Fiskus als eines besonderen Rechtssubjektes, das neben dem Staat an der Enteignung beteiligt ist: der Staat enteignet und bleibt darin auf dem Boden des öffentlichen Rechtes bis ans Ende. Aber das Eigentum giebt er dem Fiskus, der nun seinerseits als Privatmann civilrechtliches Eigentum erwirbt, wie die Gemeinde oder der beliehene Unternehmer. Man darf sich nicht darauf hinausreden wollen, dafs man mit dem Fiskus nur „eine Seite“ der einheitlichen Staatspersönlichkeit meine; in dieser Verwendung behandelt man ihn geradezu als eine gesonderte Person, die mit dem Staate in der Enteignung zusammenwirkt. Nur so wird ja der Zweck erreicht, die Möglichkeit einer civilrechtlichen Wirkung des öffentlichrechtlichen Rechtsinstitutes zu erklären [12].

Mit dieser Hereinziehung des Fiskus bleibt aber auch die Thür offen für alle möglichen civilrechtlichen Konstruktionen der Enteignung. In Wahrheit hat der Fiskus hier nichts zu thun; es ist überall nur der Staat, der mit verteilten Zuständigkeiten im Verfahren vertreten wird.

---

lichen Rechte beruhe, dafs aber die Wirkungen der Ausübung des Expropriationsrechts, der Übergang des Eigentums auf den Exproprianten ... dem Privatrecht angehören.“ Damit ist wohl die Auffassung ausgesprochen, welche wir als die herrschende anzusehen haben; vgl. Ob.Trib. Stuttgart 21. Febr. 1872 (Seuff. Arch. 28 n. 247); v. Rohland, Ent.R. S. 33; Laband in Arch. f. civ. Pr. S. 182.

[12] Die Theorie verbindet dann auch sofort die andere „civilrechtliche Wirkung“ der Enteignung damit, die Entschädigungspflicht. Die Formel ist feststehend: der Staat nimmt das Eigentum zu Gunsten des Fiskus oder des andern Unternehmers, dem er es giebt, und legt zugleich dem Fiskus die Pflicht auf zu Gunsten des Enteigneten, dafs er diesem eine Entschädigung zahle. So Laband in Arch. f. civ. Pr. 52 S. 182 Anm. 47: „Der Staat erlaubt sich im öffentlichen Interesse einen Eingriff, verpflichtet aber den Fiskus oder diejenige Person, welcher er diesen Eingriff gestattet, den berechtigten Eigentümer vollständig zu entschädigen.“ Das meinen alle, nur verstehen sie's nicht alle so deutlich auszudrücken.

Die Frage, welche an die Wirkung des Rechtsinstitutes sich knüpft, ist in anderer Weise zu lösen.

Die Enteignung ist öffentlichrechtlicher Natur, und der Staat tritt in allem, was er durch seine verschiedenen Vertreter darin thut, nicht aus dem Gebiete des öffentlichen Rechtes heraus; das gilt für die ganze Enteignung bis zum letzten Augenblick ihrer Durchführung mit Einschlufs ihres unmittelbaren Ergebnisses, in welchem der Staat sich der Sache für sein Unternehmen bemächtigt. Er hat die entgegenstehenden Rechte an der Sache erdrückt und die umfassende rechtliche Herrschaft darüber gewonnen, damit schliefst die Enteignung. Bis dahin ist aber auch vom Civilrecht keine Rede. Alles ist öffentlichrechtlich gewesen.

Nun kann aber von der so gewonnenen Stellung aus der Staat in neue Rechtsbeziehungen treten. Wie diese zu beurteilen sind, ist nicht eine Frage der Natur der Enteignung, sondern eine Frage der Natur dieser Stellung. Die umfassende Herrschaft über eine Sache wird ihrer Natur nach in der Regel privatwirtschaftlich zu beurteilen und deshalb geeignet sein, die davon ausgehenden Beziehungen dem Civilrecht zu unterwerfen. Das Nähere darüber in der Lehre vom öffentlichen Eigentum, unten § 35. Ob diese Herrschaft durch Kauf (civilrechtlich) oder durch Enteignung (öffentlichrechtlich) hergestellt worden ist, macht hierfür keinen Unterschied.

Deshalb mufs man sagen: nach Beendigung der Enteignung beginnt ein neuer Abschnitt, der, für sich betrachtet, den Staat als civilrechtlichen Eigentümer erscheinen lassen kann und zumeist so erscheinen lassen wird. Aber nicht die Enteignung wirkt civilrechtlich, sondern der durch sie geschaffene Zustand fällt für alle weiteren neu eintretenden Beziehungen unter die Regeln des Civilrechts[18].

---

[13] Vgl. darüber die allgemeinen Ausführungen über die „gemischten" Rechtsinstitute in Bd. I § 11, IV. — Hier giebt sich auch die Lösung für die vielbesprochene Frage, inwiefern die Wirkung der Enteignung abhängig ist von der Eintragung in das Grundbuch. Vgl. darüber vor allem Schelcher, Rechtswirkungen S. 78 ff. Es ist zu unterscheiden. Die Wirkung der Enteignung ist unabhängig von etwaigem Wechsel in der grundbuchmäfsigen Bezeichnung des Eigentümers während des Verfahrens: sie hat nur ihre gesetzlichen Formen zu wahren und das genügt. Der Ausspruch der Enteignung zerstört alle Rechte am Grundstück, auch wenn der Gegner nicht mehr der wahre Eigentümer war. Durch die Enteignung geht Eigentum auf den Unternehmer über. Dieses Eigentum ist aber fortan nach Civilrecht zu beurteilen und sofern dieses vorschreibt, dafs für die gerichtliche Geltendmachung, für rechtsgeschäftliche Verfügungen und vor allem zum Schutz gegen Rechtserwerb vom bisherigen Eigentümer her Eintragung

Das Gleiche gilt aber nun auch, wenn der Gemeinde oder dem beliehenen Privatunternehmer die Wirkungen der Enteignung zu Gute kommen. Indem sie ihr öffentliches Unternehmen an Stelle des Staates in der Enteignung vertreten, vollziehen sie eine öffentlichrechtliche Thätigkeit und erzielen für sich den öffentlichrechtlichen Erfolg der Sachbemächtigung. Die erzielte rechtliche Herrschaft kann sie in neue Rechtsbeziehungen bringen, und diese sind es, welche fortan civilrechtlich zu beurteilen sind, soweit nicht neue Gründe erscheinen, welche die an sich zum Civilrecht hinneigende Vermögensstellung darüber hinausheben.

Wir brauchen uns also zu keinerlei Vergleich mit älteren ganz- oder halb-civilrechtlichen Anschauungen herbeizulassen; die Enteignung ist öffentlichrechtlicher Natur bis ans Ende mit Einschlufs ihrer Wirkung, die ja nur ein Stück von ihr ist[14].

5. Der Zeitpunkt, mit welchem diese Wirkung eintritt, bestimmt sich aus dem Wesen der Enteignung. Es handelt sich um die Wirkung eines obrigkeitlichen Ausspruches, eines Verwaltungsaktes; an dessen Erscheinen also knüpft sich die Wirkung.

Wenn das Verfahren durch eine Reihe von Verwaltungsakten schrittweise vorwärts geführt wird, so ist der entscheidende derjenige davon, welcher ausspricht, dafs das Eigentum an den bestimmt bezeichneten Grundstücken für das bestimmte Unternehmen entzogen sein soll.

Wie alle Verwaltungsakte, wirkt auch dieser erst mit der Kundgabe. Sie kann bestehen in der Eröffnung, Zustellung an den Gegner im Enteignungsverfahren, den wirklichen oder mutmafslichen Enteigneten. Entsprechend den erleichternden Formen des Verfahrens kann statt dessen eine öffentliche Bekanntmachung, ein Auflegen mit Aufforderung zur Kenntnisnahme für genügend erklärt sein.

Mit der Kundgabe des den Eigentumsübergang anordnenden Verwaltungsaktes verbindet sich naturgemäfs die Vollendung (Perfektion)

---

notwendig ist, unterliegt auch das durch Enteignung erworbene Eigentum diesen Vorschriften. Sache der Gesetzgebung ist es, gegen Mifsstände, die sich namentlich bei Verzögerung der Eintragung des Enteignungserwerbs ergeben können, besondere Vorkehrung zu treffen.

[14] Das bewufste und unbewufste Fortschleppen der aushelfenden alten Fiskuslehre einerseits, der Mangel an Empfindlichkeit für die Wesensunterschiede zwischen öffentlichrechtlichen und civilrechtlichen Rechtsinstituten andererseits lassen meist das Gefühl nicht einmal aufkommen, dafs hier eine Frage zu lösen ist. Gleim in Arch. f. Eisenbahnwesen VIII S. 43 ff. macht eine rühmliche Ausnahme.

der Enteignung, d. h. die ihr eigentümliche Wirkung der Eigentumsentziehung tritt in diesem Augenblicke ein[15].

---

[15] So richtig Stobbe, D. Pr. R. II S. 175; auch R.G. v. 24. Jan. 1881 (in Rocholl, Rechtsfälle I S. 2 ff.): „Die Enteignung wird, der Vorauszahlung der Taxsumme ungeachtet, erst perfekt, wenn und so weit die Gesellschaft das Eigentum des zu enteignenden Grund und Bodens erlangt hat." — Die Lehre vom Zwangskauf mufs natürlich den Vollendungspunkt anders bestimmen: der Kauf, als obligatorisches Verhältnis, ist vollendet, sobald zwischen den Parteien Kaufgegenstand und Kaufpreis feststeht. Jene Lehre verlangt also einerseits weniger als wir: es braucht noch nicht der Ausspruch erfolgt sein, dafs Eigentum übergehe, es genügt die Feststellung der Grundstücke, die zu enteignen sind. Andererseits verlangt sie mehr: auch die Entschädigungssumme, der Kaufpreis mufs feststehen. Da kann man nun wieder darüber streiten, ob diese Summe schon rechtskräftig feststehen mufs (Häberlin in Arch. f. civil. Pr. 39 S. 203), oder ob es im Sinne des Kaufbegriffes genügt, dafs sie bestimmbar sei (Gruchot in Beitr. z. Erl. des Preufs. R. IX S. 85). Ganz dem Gedankenkreise der Zwangskauflehre entspricht es, wenn man den Augenblick der Vollendung der Enteignung in dem Punkte sucht, wo im Laufe des Verfahrens zuerst ein „zweiseitiges obligatorisches Verhältnis" zwischen Unternehmer und bisherigem Eigentümer zu stande komme. So namentlich Loebell, Preufs. Enteignungsges. S. 188: durch die endgültige Feststellung des Enteignungsplanes wird der Unternehmer berechtigt, die Feststellung der Entschädigung im Verwaltungswege zu betreiben und danach den Enteignungsausspruch zu erwirken. Darin erscheinen also nach Loebell „die ersten privatrechtlichen Wirkungen" (alle Rechtswirkungen sind ja selbstverständlich privatrechtlich!). Diese Wirkungen bedeuten zunächst nur eine einseitige Verpflichtung des Eigentümers, sich das alles gefallen zu lassen. Erst mit der Feststellung der Entschädigung wird auch der Unternehmer gebunden; der Eigentümer erhält gegen ihn das Recht auf die Entschädigung. „Mit diesem Augenblick ist also in der That ein zweiseitiges obligatorisches Verhältnis zu stande gekommen" (S. 189). Wir wollen zunächst absehen von der Würdigung dieser mühsam hergestellten zwei „Obligationen", und fragen blofs: ist denn dieses zweiseitige obligatorische Verhältnis eine Enteignung? Mag es immerhin etwas „Perfektes" sein, aber dadurch, dafs es im Gange des Enteignungsverfahrens perfekt geworden ist, braucht es doch nicht die perfekte Enteignung selbst sein! Loebells Anschauung hat sich auch das Reichsgericht angeeignet; R.G. 17. März 1891 (Samml. 27 S. 265): „ein festes obligatorisches Verhältnis", das durch die Festsetzung der Entschädigung entsteht, macht die Perfektion der Enteignung aus. Selbst Gleim, der sonst Loebells Auffassungsweise mit Recht bekämpft, kann sich hier nicht von ihm losmachen (Arch. f. Eisenbahnwesen VIII S. 45). G. Meyer, V.R. I S. 287, unterscheidet sich von der bisher betrachteten Ansicht dadurch, dafs er, getreu seiner früheren Lehre (wenn er sie auch nicht mehr in vollem Umfange aufrecht erhalten will; vgl. oben Note 2) keinen Kaufvertrag verlangt, sondern nur eine Obligation sui generis wegen Abtretung des Grundstückes; über den Preis braucht noch nichts feststehen. Daher jetzt der Satz: „Die Expropriation ist perfekt mit Feststellung der Gegenstände der Enteignung." Woran erkennt man diese Perfektion? „In diesem Moment sind beide Teile gebunden, so dafs ein einseitiger Rücktritt des Exproprianten nicht mehr stattfinden darf, und die Gefahr der Sache geht auf

Es kann sein, dafs besondere Bestimmungen eingreifen, welche eine Verschiebung bewirken. Der Enteignungsausspruch kann der Anfechtung durch Rechtsmittel unterliegen. Dann ist möglicherweise die Wirksamkeit des Aktes und die Vollendung der Enteignung hinausgeschoben bis zur Erledigung des Rechtsmittels oder Ablauf der Frist für die Einlegung. Das Regelmäfsige ist, wie in allen Verwaltungssachen, dafs eine aufschiebende Bedeutung weder dem noch möglichen, noch dem wirklich eingelegten Rechtsmittel zukommt. Gegebenen Falles wird die eingetretene Wirkung rückwärts wieder aufgehoben [16].

---

denselben über." Freilich fügt er hinzu: „die Enteignungsgesetze haben zum Teil abweichende Bestimmungen"; das ist in weitem Mafse der Fall; jene Wirkungen sind recht sehr anzuzweifeln. Aber lassen wir es dabei. Die Parteien sollen gebunden sein, gegenseitige Pflichten entstanden sein, — ist damit die Enteignung perfekt? Was ist sie denn? Nach G. Meyer, V.R. I S. 280: „Derjenige Verwaltungsakt, durch welchen der Staat . . . Eigentum entzieht". Kann sie perfekt sein, bevor Eigentum entzogen ist? Die der früher aufgestellten Theorie entlehnte Perfektionslehre stimmt mit der der neueren Auffassung entsprechenden Begriffsbestimmung nicht überein. — Die „obligatorischen Verhältnisse", welche hier eine so verhängnisvolle Rolle spielen, sind nichts anderes als Nebenwirkungen des Fortgangs des Verfahrens: Verfügungsbeschränkungen des Enteigneten, Selbstbetriebsrechte, die ihm zustehen, Entschädigungsverpflichtungen wegen Rücktritts; davon unten III n. 2.

[16] Grünhut, Ent.R. S. 187, bezeichnet richtig die Enteignung als perfekt, „sobald die Staatsgewalt den Ausspruch über die Notwendigkeit der Abtretung des bestimmten Grundstückes gefällt hat" (einfach: „über die Abtretung" wäre freilich besser gesagt). Er fügt aber alsdann erläuternd hinzu: „Als Moment der Perfektion mufs der Zeitpunkt angesehen werden, in welchem sich der Enteignete dem Enteignungsantrage entweder ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen oder die Rechtsmittel gegen den Enteignungsanspruch verbraucht hat." Ebenso v. Rohland, Ent.R. S. 37, wörtlich den letzteren Satz wiederholend. Derselbe stammt in dieser Fassung von Burkhard in Ztschft. f. Civ.R. und Pr. N. F. 6 (1849) S. 230. Burkhard hat aber gar nicht die neuere Vorstellung von der Enteignung. Der Enteignungsausspruch ist ihm nicht der Mittelpunkt des Vorganges, sondern der Enteignungsanspruch, den der Staat dadurch erhebt, dafs er als Unternehmer die Enteignung verlangt. Der Enteignungsausspruch ist nur notwendig, wenn der Betroffene sich nicht fügt, also im Streitfall; dann wirkt er wie ein das Enteignungsrecht anerkennendes Urteil. Dieser Auffassung entspricht vollkommen die Alternative der Perfektionsbestimmung: Unterwerfung oder Erschöpfung der Rechtsmittel. Für die Auffassung, welche auch Grünhut und v. Rohland vertreten, wonach die Enteignung durch einen Verwaltungsakt sich vollzieht, pafst diese Formel gar nicht mehr. — Unsere Gesetzgebungen sind in dieser Beziehung ganz unzweideutig. Preufs. Enteignungsges. § 32: „Die Enteignung des Grundstücks wird auf Antrag des Unternehmers von der Bezirksregierung ausgesprochen, wenn u. s. w."; § 44: „Mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses (§ 32) an Eigentümer und Unternehmer geht das Eigentum des ent-

Es kann auch die Vollendung in ihrer vollen Wirkung einstweilen noch beschränkt oder auch an weitere Bedingungen geknüpft sein durch andere Rücksichten, die da hereinspielen. Umgekehrt können gewisse rechtliche Wirkungen vorbereitender Art schon an vorausgehende Stufen des Verfahrens sich anschliefsen, Gebundenheiten und Verpflichtungen der einen oder anderen Partei schon vorher entstehen. Wir werden davon noch Beispiele besprechen. Jene Kundgabe des Verwaltungsaktes bildet den naturgegebenen festen Punkt, um den sich alles bewegt.

II. An die vollendete Enteignung knüpfen sich weitere Rechtsfolgen an, Wirkungen ihrer Wirkung, Nachwirkungen, welche diese Natur nicht verlieren, auch wenn sie zeitlich der Vollendung der Enteignung vorausgenommen werden.

Diese Wirkungen zweiter Linie sind vor allem zweierlei Art: das Besitzergreifungsrecht und die Entschädigungspflicht.

1. Die Enteignung entzieht unmittelbar nur das Eigentum. Der Besitz ist auch nach ihrer Vollendung noch bei dem Enteigneten, der Art, dafs sogar eine Rückersitzung denkbar ist.

Das Unternehmen, zu dessen Gunsten die Enteignung ausgesprochen worden ist, ist aber ein Stück der öffentlichen Verwaltung, gleichviel ob der Staat selbst als Unternehmer auftritt oder an seiner Stelle eine Gemeinde oder ein beliehener Privatunternehmer. Die öffentliche Verwaltung nimmt ihre klar gestellten Rechte selbst wahr, indem sie den diesen Rechten entsprechenden Besitzstand den Einzelnen gegenüber herstellt und verteidigt. Sie ist allenthalben zur Selbsthülfe dafür berechtigt. In diesem Sinne erklären die Gesetze, dafs die vollendete Enteignung die Wirkung einer Besitz-

---

eigneten Grundstücks auf den Unternehmer über". — Bayr. Enteignungsges. bezw. Ausf.Ges. z. C.Pr.O. Art. 51: „Nach Feststellung der Entschädigungssumme ist der Abtretungsberechtigte befugt .. die Einweisung in den Besitz der Abtretungsgegenstände durch die Distriktsverwaltungsbehörde zu erwirken und sodann über dieselben nach Mafsgabe der Zweckbestimmung frei zu verfügen". Diese Einweisung soll der Enteignungserklärung des Preufs. Rechts entsprechen. Die gewöhnlichen Rechtsmittel sind zulässig. „Denselben dürfte übrigens mit Rücksicht auf den aufserdem leicht zu vereitelnden Zweck des Gesetzes, die möglichst rasche Besitzergreifung für den Enteigner zu erwirken, kaum eine aufschiebende Wirkung beigemessen werden" (Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 81 Note). — Nach franz. (els.-lothr.) Rechte wirkt der Enteignungsausspruch des die Verwaltungsbehörde hierin vertretenden Gerichts unmittelbar mit der Verkündung Eigentumsübergang und Entschädigungspflicht; die Möglichkeit eines Kassationsrekurses hat keine aufschiebende Wirkung; de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 248, 269.

einweisung habe. Sie hat diese Wirkung aber auch ohne solche ausdrückliche Erklärung. Das Gesetz kann einen besonderen behördlichen Ausspruch der Besitzeinweisung verlangen; dann ist die Wirkung bedingt durch die Erfüllung dieser Form[17]. Umgekehrt kann diese Wirkung der Enteignung auch vorweg genommen werden durch eine vorläufige Besitzeinweisung (unten n. 2); dann ist dieses Selbsthülferecht für sich allein begründet, vor vollendeter Enteignung und ohne Eigentumsübergang.

Die Selbsthülfe geschieht durch thatsächliche Besitzergreifung von dem Gegenstand der Enteignung. Eine Besitzstörungsklage steht dem Enteigneten dagegen nicht zu und ebensowenig einem Dritten, der nichtberücksichtigte Rechte an der Sache behauptet: die Enteignung, wie die selbständige Besitzeinweisung wirken allgemein, ursprünglich, gegen jedermann[18].

Gewaltsame Verhinderung der Besitzergreifung ist rechtswidrig; Angriffe auf den Besitzergreifenden werden mit rechtmäfsiger Selbstverteidigung abgewiesen. Etwa notwendige Gewaltmafsregeln gegen Personen und Sachen zur Erlangung und Verteidigung des Besitzes geschehen in den Formen des Polizeizwangs: die Vorenthaltung des für das Unternehmen erforderlichen und rechtmäfsig ihm zukommenden Grundstückes ist eine Störung der eignen Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung (Bd. I § 24, I n. 1); die ordentliche Polizeibehörde leiht die Zwangsmittel[19].

---

[17] Preufs. Enteignungsges. § 32 Abs. 2: „Die Enteignungserklärung schliefst, sofern nichts anders dabei vorbehalten wird, die Einweisung in den Besitz in sich.“ Das Bayr. Ausf.Ges. zur C.Pr.O. Art. 51 bezeichnet umgekehrt mit dem Ausdruck „Einweisung in den Besitz“ zugleich die Enteignungserklärung, aus der sie folgt; Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 80 Anm. 4. Das Franz. Ges. v. 1841 Art. 41 läfst den Richterkommissär, der das Entschädigungsverfahren leitet, am Schlusse den envoi en possession aussprechen und damit wird die Besitzergreifung zulässig (de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 628). — G. Meyer, R. der Expropr. S. 240, erklärt sich gegen solche „analoge Anwendung der missio in possessionem“, da selbst, wo der Staat als Unternehmer auftritt, der Grundsatz mafsgebend sei, „dafs derselbe in vermögensrechtlicher Beziehung als Privatperson betrachtet wird“. Das öffentliche Unternehmen ist aber eben nicht so schlechthin blofs eine vermögensrechtliche Beziehung. Es handelt sich bei jenen Bestimmungen über Besitzeinweisung durchaus nicht um privilegia fisci.

[18] O.Tr. 20. Jan. 1865 (Str. 58 S. 102) läfst eine Besitzstörungsklage gegen den Unternehmer deshalb zu, weil bei seiner Besitzergreifung die Bedingungen der Wirksamkeit der Enteignung noch nicht erfüllt waren. Andernfalls wäre also die Selbsthülfe zulässig gewesen. Vgl. auch O.Tr. 23. Mai 1873 (Str. 90 S. 197).

[19] F. Seydel, Preufs. Enteignungsges. S. 107. Die zur Anwendung der polizeilichen Zwangsmittel berufene allgemeine Polizeibehörde ist hier zugleich die

Eine Klage auf Einräumung des Besitzes ist in jedem Falle unnötig.

2. Die zweite Folge der Enteignung ist die Entschädigungspflicht. Der Mann, dem durch die Enteignung das Opfer seines Eigentums oder sonstigen Rechts an der Sache auferlegt wird, erlangt eben dadurch den Anspruch auf Ausgleichung dieses Opfers in Geld. Der Anspruch geht gegen den, zu dessen Gunsten ihm das Opfer auferlegt wurde, gegen den Unternehmer, welcher die Enteignung betrieben hat, also je nachdem gegen den Staat selbst oder gegen die Gemeinde oder gegen den Beliehenen.

Dieser Entschädigungsanspruch ist keine Besonderheit der Enteignung. Er stellt nur die besondere Anwendung eines allgemeinen Rechtsinstituts vor, in dessen Zusammenhang seine rechtliche Natur, sein Umfang und seine Geltendmachung zu erörtern sein werden (unten § 53 u. 54). Als Besonderheit der Enteignung erscheint nur die Art, wie die Erledigung des Entschädigungspunkts durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift hier mit der andern Seite der Wirkungen der Enteignung, mit denen zu Gunsten des Unternehmers verbunden wird. Diese letzteren werden davon bedingt und abhängig gemacht und andererseits werden wieder Mafsregeln geordnet, welche bestimmt sind, etwaige Nachteile dieser Bedingtheit zu verhüten.

Von diesen beiden Arten von Rechtseinrichtungen ist hier zu handeln.

Die Entschädigungsleistung hätte naturgemäfs der Enteignung nachzufolgen; denn erst mit Vollendung und Vollzug der Enteignung ist das Opfer fertig, zu dessen Ausgleiche sie dienen soll[20]. Die Gesetze haben aber einmütig eine vorgängige Entschädigung verlangt. Sie wollen dem Betroffenen dadurch eine gewisse Sicherheit gewähren gegenüber den Verzögerungen, zu welchen die Verwaltung, wenn sie ihrerseits befriedigt ist, geneigt sein könnte. Diese Forderung wird dadurch wirksam gemacht, dafs, von einem bestimmten Zeitpunkt ab, die Rechtmäfsigkeit des weiteren Vorgehens gegen den bisherigen Eigentümer abhängig ist von der Erledigung des Ent-

---

Enteignungsbehörde; das mufs nicht notwendig zusammentreffen. — Es kann ein Befehl zur Räumung, zur Beseitigung von Hindernissen ergehen; dann werden die Formen der polizeilichen Zwangsvollstreckung zur Anwendung kommen. Nur unmittelbar an den Enteignungsausspruch nebst Besitzeinweisung schliefsen sich diese nicht: der Ausspruch enthält ja keinen Befehl, sondern eine Eigentumsänderung.

[20] Laband in Arch. f. civ. Pr. 52 S. 182: „Logisch ist die Enteignung das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Konsequenz davon."

schädigungspunktes. Dieser Zeitpunkt kann aber verschieden gewählt sein, und die Sache bekommt je nachdem eine sehr verschiedene Rechtsgestalt; die Fälle sind also wohl auseinander zu halten. Der früheste Zeitpunkt, den das Gesetz wählen kann, ist der, wo im allmählichen Vorwärtsschreiten des Enteignungsverfahrens die Sache so weit gediehen ist, dafs die einzelnen Grundstücke und Grundstücksteile feststehen, welche die Verwaltung für das Unternehmen in Anspruch nehmen will, und nur das letzte Wort noch nicht gesprochen ist, an welches die Wirkung der Eigentumsentziehung sich knüpft: der förmliche Verwaltungsakt des Enteignungsausspruches steht bevor. Das Gesetz kann verlangen, dafs da inne gehalten und vorerst die Entschädigungsfrage erledigt werde[21]. Hier schiebt sich also dieser Punkt in das Enteignungsverfahren selbst hinein; die vorgängige Entschädigungsleistung wird Bedingung der Gültigkeit des Enteignungsausspruches. Er soll vorher nicht stattfinden; wird er

[21] So Preufs. Enteignungsges. § 32; Bayr. Ausf.Ges. zu C.Pr.O. Art. 51; Sächs. Enteignungsges. v. 15. Aug. 1855 § 75, 77. An diese Einrichtung knüpfen sich mancherlei Mifsverständnisse über die Frage der Perfektion der Enteignung. Das Natürlichste wäre nämlich, dafs die Entschädigung bemessen würde auf Grundlage des Wertes, den die Sache hat im Augenblick des Eigentumsübergangs, also der Perfektion der Enteignung. Das ist aber beim Grundsatze der vorgängigen Entschädigung nicht möglich: der Augenblick des Eigentumsübergangs ist ja noch gar nicht bekannt, es kommt darauf an, wann der Unternehmer leistet und dann das Verfahren fertig wird. Man wird also für die Wertsbemessung einfach den Zeitpunkt nehmen, in welchem die Entschädigungsfestsetzung erfolgt. Das ist nicht unbillig, weder gegen den Unternehmer, noch gegen den Eigentümer, insofern ihnen beiden Mittel gegeben sind, die Sache alsbald zur Erledigung zu bringen (unten III n. 2). Deshalb ist es aber gar nicht nötig, dieses Verfahren auch noch dadurch zu rechtfertigen, dafs man die Perfektion der Enteignung in den Zeitpunkt der Entschädigungsfestsetzung verlegt, wie R.G. 17. März 1891 (Samml. 27 S. 265) thut. Die Billigkeit kann erfordern, noch weiter zurückzugehen. Es können im Laufe des Verfahrens dem Eigentümer schon Verfügungsbeschränkungen auferlegt worden sein, welche ihn hinderten, von einem höhern Wert, den die Sache damals vielleicht hatte, Nutzen zu ziehen. Solche Beschränkungen knüpfen sich an die Feststellung des Enteignungsgegenstandes, oder auch schon an die Veröffentlichung des vorläufigen Enteignungsplanes; also mag man diese Zeitpunkte für den zu berechnenden Wert die Grundlage liefern lassen. Deshalb braucht man aber wiederum nicht zu sagen: die Enteignung sei damals schon perfekt gewesen, was ja thatsächlich doch nicht wahr ist. Beispiel in R.G. 21. Sept. 1882 (Samml. 7 S. 258); in diesem Sinne auch Schelcher, Rechtswirkungen S. 273. — Gleim in Arch. f. Eisenbahnwesen V S. 64 wendet umgekehrt sich gegen diese Berechnungsweise mit der Begründung, „dafs durch die Planfeststellung eine privatrechtliche Verpflichtung auf keiner Seite begründet wird“. Das ist aber auch gar nicht notwendig, damit man die Entschädigung so bemesse.

gleichwohl erlassen, so ist es eine Frage der Ordnung des Rechtsschutzes, wie seine Wiederaufhebung zu bewirken ist[22].

Die zweite Art geht einen Schritt weiter vorwärts. Das Gesetz gestattet, dafs die Enteignung ausgesprochen wird vor der Entschädigung. Die Wirkung des Aktes wird aber aufschiebend bedingt durch die Entschädigungsleistung. Die Enteignung ist also so lange noch nicht vollendet, die Perfektion hinausgeschoben und tritt erst mit der Erfüllung der Bedingung ein. Der Druck auf den Unternehmer, die Entschädigungsfrage zu erledigen, ist der gleiche, wie im ersten Fall; nur bedarf hier die Enteignung immer noch eines besonderen Nachweises zu ihrer Wirksamkeit und ist nicht so unmittelbar schon im Enteignungsakte selbst bezeugt. Das ist vielleicht ein Nachteil[23].

Der Druck, der auf den Unternehmer ausgeübt werden soll, kann aber in genügender Weise auch schon darin gefunden werden, dafs ihm die Möglichkeit versagt wird, sich vor Erledigung des Entschädigungspunktes in den Besitz des enteigneten Grundstückes zu setzen. Das giebt dann die dritte Form: der Enteignungsausspruch ergeht gültig und unbedingt vor der Entschädigung, die Enteignung selbst ist mit ihm vollendet; aber die auf Grund des Eigentumsübergangs vorzunehmende Besitzergreifung ist bedingt durch vorgängige Ent-

[22] Für das preufsische Recht giebt Gleim in Arch. f. Eisenbahnwesen VIII S. 48 richtig diese Entscheidung: „Wenn die Enteignungsbehörde die Enteignung vollzieht, ohne dafs der Eigentümer vorher dem Gesetz gemäfs entschädigt wurde, ist gleichwohl das betreffende Recht dem Eigentümer entzogen und auf den Unternehmer übertragen.“ Das stimmt ganz mit dem, was auch sonst beim Verwaltungsakt der Fall ist: er ist wirksam, auch wenn die Bedingungen seiner Gültigkeit nicht erfüllt sind; die Ungültigkeit ist nur ein Grund der Wiederaufhebung; Sache der Ordnung des Rechtsschutzes ist es, zu bestimmen, wie dieser zur Geltung gebracht werden kann; vgl. Bd. I § 8 Note 7. Auch nach bayrischem und sächsischem Recht tritt der Eigentumsübergang nur ein in Kraft des Schlufsaktes, der nach der Erledigung der Entschädigungsfrage erfolgt und dadurch in seiner Gültigkeit bedingt ist (Seydel, Bayr. St.R. III S. 635; Schelcher, Rechtswirkungen S. 32, 46). Im sächsischen Rechte gilt das jedoch nur für die Fälle, die nach Ges. vom 15. Aug. 1855 zu behandeln sind. In den andern Fällen der Enteignung wird die Überweisung, d. h. die Begründung der „sachenrechtlichen Wirkungen“ gültig ausgesprochen vor der geleisteten Entschädigung, aber unter der Bedingung erst wirksam zu werden durch diese (Schelcher a. a. O. S. 41, 47). Das ist dann die zweite Rechtsform, in welcher der Grundsatz der vorgängigen Entschädigung zur Geltung kommt, die, von der wir oben nunmehr sprechen werden.

[23] So nach Bad. Ges. v. 28. Aug. 1835 § 1 und § 83; auch die in der vorigen Note erwähnten Enteignungsfälle des sächs. Rechts gehören hierher.

schädigungsleistung[24]. Das Recht der Selbsthülfe der öffentlichen Verwaltung ist hier vorläufig ausgesetzt; Zwang behufs der Besitzergreifung ist mithin unzulässig, Widerstand nicht strafbar (mit selbstverständlichem Vorbehalt des besonderen Rechts der polizeilichen Vollstreckungsbeamten, Bd. I § 25, I); gegen eine gleichwohl vorgenommene Besitzergreifung steht die Besitzstörungsklage zu. —

An diese Schutzvorkehrungen zur Sicherung des Entschädigungsanspruches schliefst sich nun das zweite Rechtsinstitut an. Zu Gunsten des Unternehmers wird ein Dringlichkeitsverfahren vorgesehen, um ihn, unbehindert von den Verzögerungen, welche die völlige Erledigung des Entschädigungspunktes mit sich führen mag, der Gegenstände der Enteignung sich bemächtigen zu lassen[25].

Wenn die Entschädigung festgesetzt ist und nur die Auszahlung nicht erfolgen kann, sei es, dafs der Enteignete die Annahme verweigert, sei es, dafs Dritte Ansprüche darauf erheben, mag das Rechtsinstitut der Hinterlegung genügende Aushülfe bieten, wenigstens scheint seine Anwendbarkeit nach der Art, wie diese Entschädigungsforderungen angesehen werden, thatsächlich keinem Bedenken zu unterliegen (so ganz selbstverständlich ist die Sache freilich nicht). Die rechtmäfsig vollzogene Hinterlegung der Entschädigungssumme steht alsdann für die Wirksammachung der Enteignung der Zahlung gleich.

Das Dringlichkeitsverfahren hat seinen Platz da, wo das gewöhnliche Hinterlegungsverfahren nicht aushelfen kann, weil die Entschädigungssumme selbst noch nicht festgestellt ist.

Voraussetzung ist die Anerkennung der Dringlichkeit des Unternehmens durch die hiefür zuständige Behörde auf Antrag des Unternehmers. Alsdann kann die vorgängige Entschädigung ersetzt werden durch eine Sicherstellung des Eigentümers mit einer nach vorläufiger Schätzung bestimmten Geldsumme, die für ihn hinterlegt oder ihm ausbezahlt werden mufs.

---

[24] Dies ist vor allem die Form des französischen und els.lothr. Rechts; Ges. v. 3. Mai 1841 art. 53; de Lalleau, traité de l'expropr. I n. 272. Es ist richtig, wenn G. Meyer in Wörterbuch I S. 359, Art. Enteignung § 7, aufstellt: „Nach französischem Rechte hat der Enteigner die Befugnis, nach Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigung sich selbst in Besitz zu setzen“, das ist überall die Folge der rechtswirksam gewordenen Enteignung; aber unrichtig ist es, wenn er hinzufügt: „mit dieser Besitzergreifung findet auch der Eigentumsübergang statt“. Der Eigentumsübergang hat schon vorher stattgefunden in Kraft des Enteignungsausspruches unmittelbar.

[25] Über das Dringlichkeitsverfahren im allgemeinen: Grünhut, Ent.R. S. 264 ff.

Dadurch wird die Hemmung beseitigt, welche das Gesetz zur Durchführung des Grundsatzes der vorgängigen Entschädigung dem Fortgang des Verfahrens bereitet hatte. Je nach der Gestalt, welche dieser Hemmung gegeben ist, bestimmt sich der Punkt, an welchem das Dringlichkeitsverfahren einsetzt, und seine Wirkung: der Ausspruch der Enteignung kann sofort erfolgen[26], die hinausgeschobene Perfektion tritt ein, die vollendete Enteignung kann durch Besitzergreifung vollzogen werden gemäfs einer von der Behörde auszusprechenden Besitzeinweisung[27].

In allen Fällen ist das wesentliche Ziel des Dringlichkeitsverfahrens das Freiwerden der Selbsthülfe behufs Inbesitznahme des dem öffentlichen Unternehmen bestimmten Grundstückes.

III. Dem ordentlichen Gang der Enteignung stehen die Zwischenfälle gegenüber, welche durch besondere Rechtsakte der Beteiligten hervorgerufen werden können, um die Wirkungen vorweg zu nehmen, auszuschliefsen oder rückgängig zu machen. Es sind teils Verträge zwischen ihnen, teils einseitige Willenserklärungen des Einen oder des Andern.

1. Der Unternehmer und seine Gegenpartei können in jedem Stand des Verfahrens seinen weiteren Gang abschneiden oder vereinfachen, indem sie sich über das, was durch obrigkeitlichen Akt der Enteignungs- oder Entschädigungsbehörde geordnet werden soll, gütlich vereinbaren. Eine solche Vereinbarung hat die Natur eines Vertrags, und zwar durchweg die eines civilrechtlichen Vertrages. Es wird das Enteignungsverfahren verlassen und zwischen Gleich und Gleich Willenseinigung hergestellt über das Eigentum einer Sache und das dafür zu Leistende. Das Enteignungsverfahren wird nur insofern dadurch mittelbar berührt, als es für die durch den Vertrag erledigten Punkte gegenstandslos geworden ist. Dieser Vertrag ist nicht notwendig ein Kaufvertrag. Es kommt auf den besonderen Inhalt an und auf das besondere Stück des Ganzen der Enteignung und was damit zusammenhängt, welches in dieser Weise erledigt ist[28].

Der Vertrag kann gehn auf vorläufige Überlassung des Besitzes, damit die Arbeiten beginnen können. Die Besitzergreifung

---

[26] Preufs. Enteignungsges. § 34.

[27] So nach franz. und els.lothr. Recht; Ges. v. 3. Mai 1841 Art. 65 ff.

[28] Eine Zusammenstellung der verschiedenen Möglichkeiten von Vertragsinhalt giebt G. Meyer, R. der Expropr. S. 212 ff. In der Beurteilung der einzelnen Fälle stimmen wir nicht überein.

selbst und die Verteidigung des so erworbenen Besitzes wird auch hier wieder sofort in den Zusammenhang des öffentlichen Unternehmens treten und die entsprechenden Formen der öffentlichen Verwaltungsthätigkeit annehmen (oben II n. 1).

Er kann auch die Festsetzung der Entschädigung allein zum Gegenstand haben, nachdem der Eigentumsübergang schon im Wege der Enteignung bewirkt ist; dann hat er den bereits entstandenen öffentlichrechtlichen Entschädigungsanspruch (oben II n. 2) zur Grundlage und ersetzt ihn durch eine civilrechtliche vertragsmäfsige Zahlungspflicht. Die Bedingtheit der Enteignung von vorgängiger Auszahlung der Entschädigung kann auch zu Gunsten dieser Pflicht vorbehalten sein; mangels eines besonderen Vorbehalts in dieser Richtung wird jene Bedingtheit durch den Untergang der öffentlichrechtlichen Entschädigungsforderung (Novation?) erledigt sein. Im übrigen wird auch durch diesen Vertrag die Enteignung selbst nicht berührt.

Der Vertrag kann aber auch die Abtretung des noch nicht entzogenen Eigentums selbst bezwecken. Dann macht er die Enteignung überflüssig, wie weit dieselbe auch schon vorgeschritten sein mag; das Verfahren fällt zusammen und der Vertrag allein bleibt bestehen.

Welcher Natur dieser letztere Vertrag selbst ist, das hängt von seinem besonderen Inhalt ab.

Ein derartiger Abtretungsvertrag kann die Bestimmung der für die abgetretenen Sache zu gewährenden Gegenleistung mitenthalten. Alsdann ist er ein vollwichtiger Kauf- oder Tauschvertrag, mit allen Wirkungen, welche das Civilrecht an einen solchen knüpft, aber auch grundsätzlich gebunden an alle Voraussetzungen und Formen, deren Erfüllung das Civilrecht für die Wirksamkeit eines solchen Vertrags verlangt.

Dafs die Enteignung bevorsteht, ist nur ein Beweggrund mehr für den Abschlufs; als solcher kann sie aber ebensowohl wirken, wenn sie noch gar nicht eingeleitet ist, wie wenn sie schon bis zu einer späteren Stufe des Verfahrens vorgerückt war. Auf das Wesen des Vertrags selbst hat das an sich keinen Einflufs[29].

---

[29] Prazak, R. der Enteignung S. 54: „Wenn der Eigentümer in die Enteignung willigt und sein Eigentum vertragsmäfsig dem Enteigner überläfst, so liegt eben kein Fall der Expropriation, sondern eine, wenngleich unter dem Hochdruck äufserer Einflüsse, getroffene Vereinbarung vor, welche nach ihrer jeweiligen juristischen Natur zu beurteilen ist." Wenn also die Eigentumsüberlassung gegen einen ausbedungenen Preis geschieht, ist es ein Kauf. Seydel, Bayr. St.R. III

Durch besondere Gesetzesbestimmung pflegen aber derartigen Verträgen gewisse **Bevorzugungen** eingeräumt zu sein. Voraussetzung dafür ist, dafs das Enteignungsverfahren bereits eingeleitet und mindestens das Unternehmen als ein solches anerkannt ist, für welches Enteignung stattfindet. Unter diesen Umständen werden freiwillige Abtretungen zur Abschneidung des Verfahrens gesetzlich begünstigt.

S. 627 Note 8, bemerkt nun hierzu, Prazak übersehe den wesentlichen Unterschied von rechtlicher und thatsächlicher Notwendigkeit, indem er beides unter der Redensart „Hochdruck äufserer Einflüsse" zusammenfasse; die freiwillige Abtretung von seiten des zu Enteignenden sei kein Kauf, sondern falle noch unter den Begriff der Enteignung. Diese „rechtliche Notwendigkeit" ist nichts anderes als der alte „Enteignungsanspruch", wie ihn Burkhard in Ztschft. f. Civ.R. und Pr. N. F. VI S. 208 ff. formuliert. Seydel arbeitet noch damit und ebenso Grünhut, Ent.R. S. 185 ff., v. Rohland, Ent.R. S. 36, Schelcher, Rechtswirkungen S. 23, 31. Wenn er auch jetzt nicht mehr die Wirkungen der Enteignung selbst erklärt, dient er doch noch dazu, der freiwilligen Abtretung die Natur eines Verkaufes zu nehmen, indem er sie zu einer blofsen Unterwerfung unter diesen Anspruch macht. Das findet sich am deutlichsten ausgesprochen bei Grünhut a. a. O. S. 186. „Der Eigentümer, sagt er, zieht es vor, sich freiwillig seinem Geschick, welches er als unabänderlich erkannt hat, zu unterwerfen ... Er verkauft nicht sein Grundstück, sondern er läfst es sich nehmen ... Diese freiwillige Unterwerfung ersetzt den Enteignungsausspruch." Es sind das fast wörtlich die Ausdrücke Labands in Arch. f. civ. Pr. 52 S. 172. Dieser wendet sich dort gegen die Annahme eines Kaufs neben dem obrigkeitlichen Akt, der die Enteignung bewirkt. „Mit demselben Rechte, meint er, könnte man fingieren, der zu einer Gefängnisstrafe verurteilte Verbrecher habe eine Wohnung nebst Beköstigung im Gefängnis gemietet oder der Defraudant, dessen Waren konfisziert worden sind, habe sie dem Fiskus geschenkt." Freilich geht auch Laband zu weit, wenn er nebenbei sagt: der Eigentümer, der einsieht, die Expropriation sei gesetzlich zulässig und die angebotene Entschädigung genügend, habe „durchaus keine Veranlassung, einen Spruch der kompetenten Verwaltungsbehörde oder des Gerichts zu veranlassen"; deshalb lasse er sich sein Grundstück einfach nehmen. Da ist im Eifer zu viel weggeworfen worden: den obrigkeitlichen Spruch können wir doch nicht auch entbehren. Oder soll der Verbrecher auch ohne Urteil auf Grund seiner Unterwerfung sitzen, der Defraudant ohne Konfiskationsakt sein Eigentum verlieren, blofs weil er es einsieht? So kann es natürlich nicht gemeint sein. Aber ganz in dieser Weise läfst man jetzt die Unterwerfung des zu Enteignenden wirken, die kein Vertrag ist und den Enteignungsausspruch ersetzt. Auf welche Weise soll denn da das Eigentum übergehn? Drei Fälle sind denkbar: entweder es ergeht ein Enteignungsausspruch, dann ist, wie Laband mit Recht ausführt, kein Vertrag nötig und Eigentum geht doch über; oder es erfolgt ein Abtretungsvertrag, dann ersetzt der, wie man wohl sagen mag, den Enteignungsausspruch, das Eigentum geht durch den Vertrag über; oder es wird kein Enteignungsausspruch veranlafst und fehlt auch der Wille, einen Vertrag zu schliefsen, dann geschieht gar nichts. — In diesem Sinne gegen Laband und Grünhut auch G. Meyer in Ztschft. f. d. deutsche Gesetzgebung VIII S. 581 Anm. 83.

Die Begünstigung besteht einerseits in einer Erleichterung der Formen, namentlich sofern das Protokoll der Enteignungsbehörde die sonst etwa vorgeschriebene notarische oder gerichtliche Beurkundung ersetzt[30].

Sodann aber wird die Wirkung eines solchen Vertrags verstärkt. Die Enteignung wird betrieben gegen den mutmafslichen Eigentümer (oben § 33 S. 20). Mit diesem wird nun auch der enteignungserledigende Kaufvertrag geschlossen. Die Enteignung hat aber, wie wir sahen, den Vorteil, dafs sie ursprünglich wirkt, das Eigentum des Unternehmers auch dann begründend, wenn der Gegner nicht Eigentümer war. Der Kaufvertrag hat eine derartige Wirkung seiner Natur nach nicht, und dadurch würde er eine gewisse Unsicherheit für den Unternehmer bestehen lassen, die ihn nicht sehr geeignet machen würde, zur Erledigung des Verfahrens benutzt zu werden. Das Gesetz hilft hier aus, indem es dem Vertrag unter der Bedingung der Erfüllung der gleichen sichernden Formen (d. h. der im Interesse Dritter vorgeschriebenen, wie öffentliche Bekanntmachung u. s. w.) die gleiche unbedingt rechtstilgende Wirkung beilegt, wie sie dem öffentlichrechtlichen Erwerbsakte zukommt, den er zu ersetzen berufen ist.

Um dieser Entlehnung willen hört er nicht auf, Kaufvertrag zu sein; derartige Wirkungen zur Tilgung der Rechte Dritter sind ja auch auf dem Gebiete des Civilrechts nichts Unerhörtes[31].

Der Abtretungsvertrag kann nun aber auch so geschlossen werden, dafs die Gegenleistung, insbesondere der Kaufpreis, nicht bestimmt wird; vielmehr soll die Festsetzung der Gegenleistung im gesetzlich geordneten Entschädigungsverfahren geschehen. Ein solcher Vertrag ist nur zulässig, wenn das Enteignungsverfahren bereits eingeleitet ist, denn dadurch ist die Zuständigkeit der Ent-

---

[30] Bayr. Ausf.Ges. zu C.Pr.O. Art. 55; Preufs. Enteignungsges. § 26 Abs. 2. Franz. Enteignungsges. von 1841 Art. 13 vereinfacht überdies die Formen für Abtretungsverträge Bevormundeter. Grünhut, Ent.R. S. 192, citiert irrtümlich dafür den Art. 25 des Ges., der blofs von der Vereinbarung der Entschädigung nach vollzogener Enteignung handelt, und zieht dann daraus unrichtige Schlüsse.

[31] Preufs. Enteignungsges. § 46; Bähr u. Langerhans zu diesem Ges. S. 112; vgl. unten Note 35. Mit Rücksicht auf derartige Bestimmungen spricht Grünhut, Ent.R. S. 186, mit Recht von einer „Gleichstellung" des Vertrags mit der Enteignung; aber deshalb ist der Vertrag noch lange nicht selbst eine Enteignung, wie Grünhut meint. Ähnlich v. Rohland, Ent.R. S. 36, und Gleim in Arch. f. Eisenbahnwesen V S. 61. Auch die Veräufserung des Kaufmanns im Falle des Art. 306 H.G.B. zerstört die Rechte des Dritten und niemand kann hier im Ernste von einer Enteignung sprechen.

schädigungsbehörde bedingt; durch Vereinbarung kann sie nicht zuständig gemacht werden.

Ein solcher Vertrag ist kein Kaufvertrag. Allerdings mag man sich darauf berufen, daſs es für den Kaufvertrag genügt, wenn der Kaufpreis zwar noch nicht bestimmt, aber bestimmbar gemacht ist, insbesondere für die Bestimmung auf das arbitrium eines Dritten, oder auch eines der Beteiligten als bonus vir verwiesen wird[32].

Allein der Vergleich paſst nicht. Hier wird kein Arbiter geschaffen, sondern die Entschädigungsbehörde soll nach ihrer gesetzlichen Zuständigkeit in Thätigkeit treten und sie soll nicht den richtigen Kaufpreis nach den Umständen bemessen, sondern die gesetzliche Entschädigung nach den für diese eigentümlichen Grundsätzen gewähren.

Die Bedeutung einer derartigen Verweisung auf das Entschädigungsverfahren ist vielmehr nur die eines Vorbehaltes. Die Beteiligten lassen das Eigentum übergehen zur Abschneidung des eingeleiteten Enteignungsverfahrens und um seine Wirkung vorwegzunehmen; das Verfahren soll damit aber nur in seiner unmittelbaren Wirkung, nicht in seinen sonstigen Folgen erledigt sein; zur Erledigung dieser ist der weitere gesetzliche Fortgang vorbehalten[33].

Der Abtretende findet also den Gegenwert seiner Leistung darin, daſs seine Abtretung an die Stelle des ordentlichen Abschlusses des Enteignungsverfahrens gesetzt wird. Seine Pflichten aus diesem Vertrag sind deshalb nichts destoweniger nach dem Muster der Pflichten eines Verkäufers zu beurteilen[34]. Und andererseits knüpfen die Gesetze auch an diese Abtretungen mit Vorbehalt die gleichen Bevorzugungen

---

[32] So G. Meyer, R. der Expropr. S. 212, wo geradezu die Grundsätze der l. 15 C. de contr. emt. für anwendbar erklärt werden. Ähnlich F. Seydel, Preuſs. Ges. über die Ent. S. 57 Note 6. R.G. 3. Nov. 1880 fingiert in einem solchen Falle einen Kaufpreis, um einen Anhalt für die Entscheidung der Zinsfrage zu gewinnen; hierfür wird man aber wohl das Richtige finden können auch ohne einen solchen Umweg.

[33] Um zu wissen, was diese Aufrechterhaltung des Entschädigungsverfahrens neben dem Abtretungsvertrage sagen will, muſs man freilich die rechtliche Natur der hier fraglichen Entschädigung und ihr Verhältnis zu dem schädigenden Verwaltungsakte erkannt haben. Die Theorie des Zwangskaufs hat keine Ahnung davon. Aber auch, wo die Enteignung als Verwaltungsakt — unter mehr oder minder passendem Namen — aufgefaſst wird, hält das Verständnis für jene andere Seite meist nicht gleichen Schritt. Sehr auffallend z. B. Gruchot in s. Beitr. IX S. 82, wo die Enteignung für eine lex specialis und daneben die Entschädigung für einen Kaufpreis erklärt wird.

[34] Wenigstens ist das im Zweifel als von den Vertragschlieſsenden gewollt anzusehen. Sie können auch anders bestimmen. Über die Auslegungsfrage: G. Meyer, R. der Expropr. S. 239.

in Bezug auf erleichterte Formen des Abschlusses und rechtstilgende Wirkungen gegen Dritte[85].

2. Statt durch Vertrag kann das Enteignungsverfahren auch abgeschnitten werden durch einseitigen Verzicht, Rücktritt. Ein solcher Rücktritt ist blofs denkbar bei dem Unternehmer; denn der Eigentümer erduldet nur die Enteignung, der Unternehmer setzt sie in Bewegung, betreibt sie; er allein kann auch nicht mehr wollen.

Für die Möglichkeit eines Rücktrittes des Unternehmers ist die entscheidende Zeitgrenze gegeben in der Perfektion der Enteignung (oben I n. 5). Sobald in Kraft des Enteignungsausspruches das Eigentum übergegangen ist, kann von einem einfachen Rücktritte nicht mehr die Rede sein; hier handelt es sich dann um eine Wiederaufhebung dieses Erfolges, um einen Rückerwerb des Eigentums durch den Enteigneten und das fällt unter ganz andere Gesichtspunkte (unten n. 3)[86].

Der Rücktritt von der Enteignung vollzieht sich entweder durch ausdrückliche Erklärung; das wird namentlich da geschehen, wo das ganze Unternehmen aufgegeben wird, oder wenigstens ein bisher dafür in Aussicht genommenes Grundstück wegen Veränderung des Planes nicht mehr erforderlich erscheint. Oder der Rücktritt wird ausgesprochen in dem thatsächlichen Nichtweiterbetreiben der Enteignung. Wann das vorliegt, namentlich wie lange die Säumnis gedauert haben mufs, das würde Thatfrage sein. Das Gesetz giebt aber Fristen, welche dem Unternehmer für die Vornahme seiner Akte gesteckt sind, oder gestattet der Behörde solche zu stecken, und knüpft an die Nichteinhaltung Nachteile des Verzugs, insbesondere auch die Annahme des Verzichtes auf die durchzuführende

---

[85] R.G. 23. Mai 1881 (Samml. V S. 246) will den § 46 des Preufs. Enteignungsges. mit der Wirkung des Freiwerdens des Grundstückes von allen dinglichen Rechten nur gelten lassen von diesem Falle des Abtretungsvertrages mit vorbehaltenem Entschädigungsverfahren, dagegen nicht von der Vereinbarung über Abtretung und Entschädigung zugleich, also von dem vollen Kaufvertrag. Dabei dürfte aber doch zu viel an dem Buchstaben des Gesetzes gehangen sein. Wie denn? Wenn die Parteien etwa zunächst sich nur geeinigt haben über Abtretung mit Vorbehalt des Entschädigungsverfahrens, werden ja doch die dinglichen Rechte Dritter getilgt. Wenn sie dann nachher auch noch über die Entschädigung sich einigen, leben diese Rechte sicherlich nicht wieder auf. Warum soll es anders sein, wenn sie sich sogleich über beides einigen?

[86] Seydel, Bayr. St.R. III S. 635: „Bis zur Durchführung der Enteignung (= bewirkter Eigentumsübergang) kann der Enteigner seinen Anspruch zurücknehmen. Die durchgeführte Enteignung kann er nicht rückgängig machen."

Enteignung. Der Rücktritt bekommt dadurch die Natur der Verwirkung[37].

Der völlige Rücktritt, aber auch schon das bloſse Verschleppen des Verfahrens von seiten des Unternehmers können dem Eigentümer nachteilig sein; das Gesetz hat Bestimmungen getroffen, um diesem wieder einen gewissen Schutz dagegen zu geben. Die Schutzmittel sind der Selbstbetrieb des Verfahrens und der Schadensersatzanspruch wegen nicht durchgeführter Enteignung.

Der Selbstbetrieb des Verfahrens steht dem Eigentümer, gegen welchen dieses gerichtet ist, von Haus aus nicht zu; wenn es aber bis zu einem gewissen Punkte gediehen ist, gestattet ihm das Gesetz, seinerseits vorzugehen, um aus dem Schwebezustand heraus und zur Enteignungsentschädigung zu gelangen. Damit wird nicht

---

[37] Nach Preuſs. Enteignungsges. § 21 kann dem Unternehmer gelegentlich der Bestimmung der zu enteignenden Grundstücke die Zeit vorgeschrieben werden, „innerhalb deren längstens vom Enteignungsrechte Gebrauch zu machen ist“. Eine derartige Vorschrift kann auch schon die das Verfahren einleitende Königliche Verordnung enthalten. Immer bewirkt die Nichtbeachtung der Frist den Untergang des Verfahrens mit Einschluſs des Aktes, der die Frist gesteckt hat, nicht weiter rückwärts: Loebell, Ges. über die Ent. S. 188; G. Meyer in Ztschft. f. deutsche Gesetzgebung VIII S. 577. Die Frist ist gewahrt, auch wenn das Verfahren noch über sie hinaus sich erstreckt, wenn nur noch innerhalb der Frist der dem betreibenden Teile zunächst obliegende Akt vorgenommen ist. A. M. G. Meyer a. a. O. S. 577, der das „Gebrauchmachen“ immer nur erfüllt sehen will, wenn die Sache innerhalb der Frist bis zum Antrag auf Entschädigungsfeststellung einschlieſslich gebracht worden wäre: das sei „der letzte Akt, der im freien Belieben des Unternehmers steht“. Das ist nun allerdings kein Grund so abzugrenzen; das Gesetz hätte vielleicht zweckmäſsiger Weise so bestimmen können; aber es hat es ja nicht gethan. Sicher ist, daſs der Unternehmer auch bei rechtzeitigem „Gebrauchmachen“ innerhalb der Frist, nach deren Ablauf die Sache nicht einfach liegen lassen kann. Loebell a. a. O. S. 42 meint, es müſsten ihm immer neue Fristbestimmungen gegeben werden, von jedem Akt auf den folgenden. Auch dazu bedürften wir wohl einer gesetzlichen Vorschrift. Mangels einer solchen wird man nur sagen können, daſs der Forderung des Gesetzes nicht genügt ist, wenn innerhalb der Frist ein Anfang gemacht wurde und dann nicht fortgefahren wird; die Verwirkung muſs eintreten, sobald das Verfahren nachträglich willkürlich unterbrochen wird. Das ist freilich Thatfrage, aber wohl nicht so schwer zu entscheiden. — Nach Bad. Enteignungsges. v. 28. Aug. 1835 und nach Württemb. Ges. v. 20. Dez. 1888 muſs der Unternehmer innerhalb bestimmter Frist von der Bezeichnung der Enteignungsgegenstände ab die Entschädigung festsetzen lassen und den Enteignungsausspruch bewirken, sodann durch Auszahlung der Entschädigung diesen Ausspruch wirksam machen (oben Note 23); wo nicht, so fällt das ganze Verfahren zusammen, mit Einschluſs des Aktes, der die Enteignung für dieses Unternehmen für zulässig erklärte. Der Unternehmer verliert, wie man sagt, das Enteignungsrecht.

blofs der Verschleppung vorgebeugt, sondern auch dem Rücktrittsrecht, wenn nicht rechtlich, so doch thatsächlich eine Grenze gesteckt.

Voraussetzung ist stets, dafs mindestens die Feststellung des Enteignungsgegenstandes bereits erfolgt ist; erst dann hat man eine Grundlage für die Bemessung des Entschädigungsbetrages und den bestimmten Gegner des Unternehmers, der vorgehen könnte.

Von da ab aber kann das Mafs dessen, was noch in dem Selbstbetrieb dieses Gegners enthalten ist, verschieden ausgedrückt sein.

Das Ziel ist immer die Enteignungsentschädigung. Wo nun das Gesetz sie festsetzen läfst nach vollendeter Enteignung, kann es dem Eigentümer gestattet sein, auch diese selbst zu bewirken: sobald der Enteignungsgegenstand feststeht, kann er den Enteignungsausspruch beantragen und nach dem Enteignungsausspruch, ob der Unternehmer ihn erwirkt hatte oder er selbst, das Entschädigungverfahren[38].

Wo die Festsetzung der Entschädigung vor dem Enteignungsausspruch zu geschehen hat, wird es genügen, das Selbstbetriebsrecht für jenen allein zu geben. Der Enteignungsausspruch bleibt aufserhalb des Einflusses des Betroffenen[39].

Noch ein Stück weiter hinaus legt die Gesetzgebung das Selbstbetriebsrecht, indem sie es erst eintreten läfst dann, wenn auch die Festsetzung der Entschädigung im ordentlichen Gang des Enteignungsverfahrens schon erfolgt ist. Hier handelt es sich dann nur darum, das Zuerkannte zu Gunsten des betroffenen Eigentümers selbständig in Vollzug zu setzen[40].

---

[38] Franz. Enteignungsges. v. 1841 Art. 14 al. 2: Nach Ablauf eines Jahres von dem Beschlufs des Präfekten, der die zu enteignenden Grundstücke bezeichnet, kann der Eigentümer selbständig bei Gericht Antrag stellen auf Erlafs des Enteignungsurteils; Art. 55: Nach Ablauf von 6 Monaten vom Enteignungsurteil ab kann der Enteignete die Feststellung der Entschädigung selbständig beantragen.

[39] Bayr. Ausf.Ges. z. C.Pr.O. Art. 46 Abs. 2: „Wird die Einleitung des Schätzungsverfahrens bezüglich eines zur Abtretung angesprochenen Gegenstandes nicht binnen 6 Monaten von der freiwilligen Anerkennung der Abtretungspflicht oder dem hierüber ergangenen rechtskräftigen Erkenntnisse von seiten des Abtretungsberechtigten beantragt, so ist der Abtretungspflichtige zur Stellung des Antrages befugt."

[40] Preufs. Enteignungsges. § 42 Abs. 2: „Tritt der Unternehmer zurück, nachdem bereits die Feststellung der Entschädigung durch Beschlufs der Regierung erfolgt ist, so hat der Eigentümer die Wahl, ob er lediglich Ersatz für die Nachteile, welche ihm durch das Enteignungsverfahren erwachsen sind, oder Zahlung der festgestellten Entschädigung gegen Abtretung des Grundstücks beanspruchen will." Die Zahlung wird im Wege der Klage beansprucht, aber nach Mafsgabe jenes Beschlusses; die Klage ist nur die Form, um aus der Feststellung der Bedingung des künftigen Enteignungsausspruches, was jener Beschlufs bedeutete, die

Alle diese Arten von Selbstbetriebsrechten sind unbedingt wirksam gegen eine blofse Verschleppung des Verfahrens von seiten des Unternehmers. Wie verhält es sich aber im Falle einer ausdrücklichen Rücktrittserklärung? Wie stehen Rücktrittsrecht und Selbstbetriebsrecht zu einander? Die Frage ist weiter zu fassen dahin: inwiefern entstehen im Laufe des Verfahrens Rechtswirkungen für den Enteignungsgegner, die durch eine Rücktrittserklärung nicht mehr aufgehoben werden können. Hier ist zu unterscheiden.

Von der Erwirkung des Enteignungsausspruches kann der Unternehmer stets zurücktreten, selbst in jenem ersten Falle, wo das Gesetz seinem Gegner gestattet, diesen seinerseits zu betreiben. Ist der Ausspruch einmal erwirkt und Eigentum übergegangen, auf Betreiben des einen oder anderen Teiles, gleichviel, so giebt es keinen Rücktritt mehr. Die Betreibung des Entschädigungsverfahrens ist also in jenem Falle dem Enteigneten unentziehbar.

Im Falle das Gesetz ein Selbstbetriebsrecht wegen der vor der vollendeten Enteignung zu erledigenden Entschädigungsfrage gewährt, ist dieses Recht grundsätzlich durch eine Rücktrittserklärung nicht mehr entziehbar, sobald die förmliche Feststellung der Entschädigung stattgehabt hat; daran knüpft sich alsdann ein unbedingter Rechtsanspruch des Enteignungsgegners auf die festgestellte Entschädigung. Das Verfahren zum In-Vollzug-Bringen dieser Feststellung geht seinen Gang trotz eines erklärten Rücktrittes[41].

In allen Fällen, auch wenn kein Selbstbetriebsrecht besteht oder geltend gemacht worden ist, kann die einmal erwirkte Entschädigungszahlung durch nachträglichen Rücktritt von der Enteignung nicht zurückforderbar gemacht werden: die causa ist gegeben, indem das Grundstück dem Unternehmer dadurch zur Verfügung gestellt ist, um

---

vollstreckbare Auferlegung einer Zahlungspflicht zu machen. Darüber die Motive bei Dalcke, Das Ges. über die Enteignung S. 126 Note 103; G. Meyer in Ztschft. f. deutsche Gesetzgebung VIII S. 579 Anm. 79.

[41] Das Preufs. Enteignungsges. § 42 Abs. 2 giebt das Selbstbetriebsrecht wegen der Entschädigung seinem Wortlaute nach geradezu für den Fall des Rücktritts; der Fall der blofsen Verschleppung ist aber natürlich ebenfalls damit gemeint. Nach bayrischem Rechte kann ja der Eigentümer auch die Feststellung der Entschädigung betreiben. Wenn aber der Rücktritt vor der wirklichen Feststellung erfolgt, fällt das Selbstbetriebsrecht hinweg. Für diesen Fall wird nur die Entschädigung für Dispositionsbeschränkung nach Enteignungsges. Art. XII Abs. 3 geschuldet sein. Nach der Feststellung mufs der Enteigner auch die Zahlung erzwingen können, sonst hat es für ihn keinen Zweck, dafs er jene bewirken darf. Kann er aber das, so ist der nachträgliche Rücktritt nicht imstande, ihm diesen Anspruch wieder zu entziehen.

es durch den Enteignungsausspruch förmlich zu erwerben; wenn er davon keinen Gebrauch macht, so ist das seine Sache.

In diesen Fällen verliert natürlich das Rücktrittsrecht, wenn es auch an sich rechtlich noch besteht und geübt werden kann, für den Unternehmer allen Vorteil[42]; er wird sich dessen, wenn die Sachen einmal so weit sind, möglichst nur bedienen nach Verständigung mit den zu Enteignenden, damit sie die Entschädigungsansprüche nicht geltend machen oder aufrechterhalten.

Unter Umständen kann es doch vorkommen, dafs der Unternehmer von der Enteignung zurücktritt nach Auszahlung der Entschädigung oder nach Eintritt des Zeitpunktes, in welchem der Eigentümer durch ein nicht mehr entziehbares Selbstbetriebsrecht die Entschädigung sich verschaffen kann. Man mag etwa an den Fall denken, dafs das ganze Unternehmen aufgegeben wird. Dann wird anzunehmen sein, dafs durch den Empfang der Zahlung der Eigentümer verpflichtet wird, das Seinige zu thun, um das Eigentum zu verschaffen (wenn er nicht vorzieht, sie zurückzugeben; vergl. unten n. 3); er wird also, wenn das Enteignungsverfahren selbst nicht weiter geht, zu einem civilrechtlichen Abtretungsvertrag sich verstehen müssen. Ein solcher Vertrag fällt unter die nämlichen rechtlichen Gesichtspunkte, wie der oben n. 1 besprochene Abtretungsvertrag mit vorbehaltenem Entschädigungsverfahren. —

Das zweite Schutzmittel des Eigentümers ist der Entschädigungsanspruch wegen nicht durchgeführter Enteignung.

Damit verhält es sich folgendermafsen.

Die Einleitung des Enteignungsverfahrens kann den betroffenen Eigentümern grofse wirtschaftliche Nachteile bereiten, die natürlich desto gröfser sind, je weiter das Verfahren vorschreitet. Sie geraten in eine Ungewifsheit bezüglich ihres Besitzstandes, können nichts Neues mehr unternehmen, sind zum Teil auch rechtlich in der Verfügung über ihre

---

[42] Aber deshalb darf man doch nicht mit G. Meyer in Wörterbuch I S. 359 meinen, es werde „für den Enteigner eine Verpflichtung zur Übernahme der Gegenstände der Enteignung während des Enteignungsverfahrens begründet". Das ist ja rechtlich etwas anderes. Auch Loebell, Ges. über die Enteignung S. 189, fafst die Sache ganz falsch auf, wenn er den Rücktritt wie einen Vertragsbruch behandelt und den Zurücktretenden geradezu „den schuldigen Teil" nennt. Da spielt eben überall die Idee des „zweiseitigen obligatorischen Verhältnisses" herein. Aber der Unternehmer hat sein Rücktrittsrecht, der andere sein Recht des Selbstbetriebs und des Zurückbehaltens des rechtmäfsig Bezahlten; hier ist weder gegenseitige Obligation, noch Schuld.

Grundstücke beschränkt. Für alles das wird ihnen bei Durchführung der Enteignung in der Bemessung der Entschädigungssumme der billige Ausgleich gewährt werden. Wenn nun aber dieses Ziel nicht erreicht wird, so fehlt die Ausgleichung und wird dafür eine selbstständige Entschädigung geschuldet[43].

Voraussetzung ist also immer, dafs die Erreichung des Zieles abgeschnitten sei durch vorherige Endigung des Verfahrens; das kann bis zur Vollendung der Enteignung geschehen durch Rücktrittserklärung oder Verwirkung. Der blofse Verzug begründet den Anspruch auf Entschädigung nicht. Die Möglichkeit, trotz der Rücktrittserklärung kraft Selbstbetriebsrechts die Sache wenigstens im Entschädigungspunkte zu demselben Ziele zu führen, zu welchem sie die durchgeführte Enteignung gebracht hätte, schliefst das Recht nicht aus, statt dessen Schadensersatz wegen Rücktritts zu begehren. Umgekehrt liegt in der Erhebung des Anspruchs auf den letzteren der Verzicht auf das Recht des Selbstbetriebs.

Grund und rechtliche Natur der Entschädigung wegen nicht durchgeführter Enteignung sind ganz die nämlichen wie die der Entschädigung für durchgeführte Enteignung. Es wird kein Delikt und kein Verschulden vorausgesetzt; es genügt, dafs dem Eigentümer zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens Opfer zugemutet worden sind; dafür giebt das Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Entschädigung den Ausgleich[44].

Entschädigungspflichtig ist auch hier wieder der Unternehmer als derjenige, für und gegen den alle Wirkungen des Enteignungsverfahrens entstehen.

3. Jenseits des Abschlusses des Enteignungs- und Entschädigungsverfahrens steht, als letzte Nachwirkung davon, das Recht des Rückerwerbs des Enteigneten. Der zu Grunde liegende Gedanke ist der, dafs der Enteignete doch ein Interesse am Besitze des Grundstücks haben kann, welches durch die geleistete Entschädigung nicht gedeckt ist. Wenn nun nachträglich das öffentliche Interesse wegfällt, dem jenes in der Enteignung hat weichen müssen, kann es billig erscheinen, ihm die Möglichkeit des Rückerwerbs zu eröffnen. Das wird dann

---

[43] Bayr. Enteignungsges. Art. 12; Preufs. Enteignungsges. § 42 Abs. 1.

[44] Die Geltendmachung des Anspruchs erfolgt nach deutschem Rechte regelmäfsig im Rechtswege, d. h. vor den Civilgerichten, wie die der öffentlichrechtlichen Entschädigung überhaupt (vgl. Bd. I S. 213 ff.). Die besonderen Zuständigkeiten und Verfahrensregeln, welche für die Enteignungsentschädigung selbst gegeben sind, finden auf die Erledigung dieses Entschädigungsanspruchs keine Anwendung.

der Fall sein, wenn das Unternehmen, wegen dessen die Enteignung stattfand, nicht durchgeführt wird oder thatsächlich dieses Grundstückes doch nicht bedarf. Von selbst wird dadurch die Enteignung nicht rückgängig. Aber es können durch gesetzliche Bestimmung Mittel geschaffen werden, um ihre Wirkung zu Gunsten des Enteigneten wieder zu beseitigen[45]. Das geschieht in zwei Formen.

Die eine ist die Gewährung eines einfachen gesetzlichen Vorkaufsrechtes. Voraussetzung ist, dafs der Unternehmer, der des Grundstückes nicht bedarf, dazu übergeht, es zu veräufsern, also einen civilrechtlichen Verkauf darüber abzuschliefsen. Da kann dann der frühere Eigentümer oder, wer an seine Stelle getreten ist als Erbe oder Einzelrechtsnachfolger in das Eigentum des Restgrundstückes, von welchem ein Stück wegenteignet worden war, in den Vertrag als Käufer eintreten. Das richtet sich ganz nach den Regeln sonstiger civilrechtlicher Vorkaufsrechte. Die stattgehabte Enteignung selbst wird nicht mehr davon berührt, sie bildet nur eine thatsächliche Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vorkaufsanspruches[46].

Daneben steht das Rückerwerbsrecht i. e. S., die Rückenteignung. Es bedeutet ein Recht, die Wiederaufhebung der Enteignung zu bewirken, gehört also dem Kreise dieses Rechtsinstitutes an und steht mit ihm ganz auf öffentlichrechtlichem Boden[47].

---

[45] G. Meyer, R. der Expropr. S. 264, nimmt unter diesen Voraussetzungen ein selbstverständliches Rückerwerbsrecht an: „Dieses Rückforderungsrecht geht aus dem Expropriationsrecht selbst hervor und braucht daher nicht ausdrücklich durch die Partikulargesetzgebung festgestellt zu werden.“ Ähnlich Grünhut, Ent.R. S. 162 ff. Schelcher, Rechtswirkungen S. 176, giebt ein Rechtsinstitut der „staatlichen Wiederaufhebung der Enteignung“, wonach der Staat dem Unternehmer, der das enteignete Grundstück nicht braucht, „kraft seines Hoheitsrechtes“ das Eigentum wieder absprechen kann, um es dem Enteigneten, der es wieder zu haben wünscht, zurück zu übertragen. Auch das soll selbstverständlich sein und wird demgemäfs für Sachsen ohne weiteres als geltendes Recht beansprucht (a. a. O. S. 180). Das sind aber doch alles höchstens gute Ideen de lege ferenda.

[46] Beispiele solcher Vorkaufsrechte im Bad. Enteignungsges. v. 1835 § 80; Sächs. Enteignungsges. v. 1855 § 7; Preufs. Enteignungsges. v. 1874 § 57. G. Meyer, R. der Expropr. S. 269: „Es ist dies kein Recht, was unmittelbar aus den allgemeinen Grundsätzen der Expropriation folgt; dasselbe kann deshalb auch blofs dann als vorhanden angenommen werden, wenn die Partikulargesetzgebung es ausdrücklich zugesteht.“

[47] Thiel, Das Expropr.R. S. 61 ff., nennt das ein Recht der Reexpropriation oder Wiederaneignung, Seydel, Bayr. St.R. III S. 642, ein Wiederenteignungsrecht. — Es kommen hier vor allem in Betracht das Bayr. Enteignungsges. Art. XII Abs. 4 und das Franz. Ges. v. 1841 Art. 62. Letzteres giebt eine umfassendere Anwendung des bereits im Enteignungsges. v. 7. Juli 1833 ausgesprochenen Grundsatzes. Grünhut, Ent.R. S. 162 ff., behandelt diese ganze Lehre sehr aus-

Voraussetzung ist, dafs das enteignete Grundstück thatsächlich nicht für das öffentliche Unternehmen verwendet wird[48].

Berechtigt ist der Enteignete oder wer an seine Stelle getreten ist in dem oben angegebenen Sinne[49].

Die Wiederaufhebung geschieht alsdann auf Antrag des Berechtigten durch behördlichen Beschlufs. Zuständig ist ordentlicher Weise die Enteignungsbehörde. Der Beschlufs ist eine Entscheidung; er hat nur das vom Gesetz Gewollte auf die gegebenen Thatsachen anzuwenden[50].

---

führlich, indem er die Ansichten der französischen Doktrin als allgemein gültige und aus dem Wesen der Sache fliefsende Regeln wiedergiebt.

[48] Da können nun willkürlich durch das Gesetz genauere Abgrenzungen der Voraussetzungen gemacht werden: es ist ja alles nur besondere Wohlthat des Gesetzes, aus der Natur der Sache ergiebt sich nichts. So verlangt das Bayrische Gesetz, dafs das ganze Unternehmen rückgängig geworden sei; Nichtverwendung des einzelnen Grundstücks giebt also kein Recht (Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 63 Anm.). Ferner kann es genügen, dafs ein anderes öffentliches Unternehmen an Stelle des ursprünglich beabsichtigten das Enteignete verwendet, damit keine Rückenteignung stattfinde; auch darüber besteht ein Gegensatz zwischen dem bayrischen und dem französischen Recht (Grünhut, Ent.R. S. 166). Ob nur die förmliche Enteignung oder auch ein Abtretungsvertrag rückgängig gemacht werden könne, ist Frage der Auslegung des Gesetzes; es kann das eine so gut verordnen, wie das andere. Selbstverständlich ist keines von beiden (darüber Grünhut a. a. O. S. 163).

[49] Grünhut a. a. O. S. 166; de Lalleau, traité de l'expropr. II n. 1145.

[50] Schelcher, Rechtswirkungen S. 176, will in seinem aus der Natur der Sache abgeleiteten Rechtsinstitut (oben Note 45) einen Akt des freien Ermessens, die Rückenteignung aussprechen lassen, wie die Enteignung; das giebt dann eine volle Harmonie. Allein während die Enteignung ausspricht, dafs das öffentliche Unternehmen ein Grundstück erfordert, spricht die Rückenteignung, wie das geltende Recht sie gestaltet hat, aus, dafs das Grundstück frei sei, weil das öffentliche Unternehmen nicht zu stande gekommen ist oder das Grundstück thatsächlich nicht verwendet hat. Das sind keine Ermessensfragen. — Wegen der Zuständigkeitsfrage Hartmann, Ges. über die Zwangsabtretung S. 62 Anm. 4: „Vor welchen Behörden dieser Anspruch zu verfolgen ist, ist durch keine specielle Verfügung des Gesetzes bestimmt. Offenbar kann aber der Rückerwerbsanspruch, d. h. die Frage, ob die Voraussetzungen für den Rückerwerb gegeben seien, nur vor den Verwaltungsgerichten, d. h. vor der Kreisregierung und dem Verwaltungsgerichtshof, also denselben Behörden, welche über die Frage der Abtretungspflicht selbst zu erkennen hatten, zum Austrag gelangen." Das ist folgerichtig das Ergebnis der rechtlichen Natur der Rückenteignung. Das eben zuerst erwähnte civilrechtliche Vorkaufsrecht gehört im Streitfall vor die Civilgerichte. — Dafs das französische Recht auch die Rückenteignung vor die Civilgerichte verweist, hat seinen Grund darin, dafs nach französischem Recht die Civilgerichte ausnahmsweise für alle Enteignungssachen zuständig geworden sind, wofür sie es dem allgemeinen Grundsatze nach nicht wären (Cassat.Hof 29. Mai 1867; Dalloz 1867 I S. 247; Theorie des franz. V.R. S. 236).

Die Wirkung des willfahrenden Beschlusses ist die Rückübertragung des Eigentums am Grundstück auf den Antragsteller unter der Bedingung der Zurückerstattung des Wertes. Als solcher wird entweder die ursprünglich empfangene Entschädigungssumme angesehen, oder es findet ein neues Festsetzungsverfahren statt unter Beobachtung der Formen, welche für die Enteignungsentschädigung selbst gegolten hatten[51].

An Stelle der Rückenteignung wie der Rückentschädigungsfestsetzung können wieder civilrechtliche Verträge treten, für beides zusammen oder für jedes einzeln, wie bei dem ursprünglichen, in der entgegengesetzten Richtung sich bewegenden Verfahren.

§ 35.

Das öffentliche Eigentum; Begriff und Umfang.

Gewisse Sachen sind schon vermöge ihrer äufserlichen Beschaffenheit dazu bestimmt, dem Gemeinwesen, dem öffentlichen Interesse zu dienen. Dazu gehören öffentliche Wege, öffentliche Flüsse, Festungswerke. Wir nennen sie öffentliche Sachen. Mit ihrem Zwecke ist es nicht verträglich, dafs ein Einzelner über sie Gewalt habe, um nach seinen Interessen darüber zu verfügen; sie sind dem gewöhnlichen privatrechtlichen Verkehre entzogen. Zugleich wird sich aus ihrer Bestimmung für das Gemeinwesen auch eine besondere Zugehörigkeit an die öffentliche Gewalt, an den Staat ergeben, in welcher sie stehen. Diese besondere Zugehörigkeit kann ihren Ausdruck finden in der Form des öffentlichen Eigentums, das wir hier behandeln. Wenigstens ist dieses für den heutigen Stand des Verwaltungsrechts die wichtigste und angemessenste Form dafür. Damit ist nicht gesagt, dafs sie ausschliefslich zur Anwendung kommt und noch weniger, dafs dieser Begriff des öffentlichen Eigentums immer gegolten habe.

I Um den Kampf der Meinungen zu verstehen, der gegenwärtig noch auf dem Gebiete dieser Lehre herrscht, müssen wir die geschichtliche Entwicklung des Begriffes verfolgen.

1. Den Ausgangspunkt bildet ein gesellschaftlicher Zustand, in welchem es schon öffentliche Sachen giebt, ein öffentliches Eigentum im heutigen Sinne aber nicht denkbar ist, weil es an dem Träger

---

[51] Bayr. Enteignungsges. Art. XII Abs. 4; Franz. Enteignungsges. v. 1841 Art. 60.

dafür fehlt, an der juristischen Person des öffentlichen Rechts, welcher dieses Eigentum zustünde[1].

Eine feste Rechtsgestalt mufsten ja die öffentlichen Sachen naturgemäfs zuerst erhalten in der ursprünglichsten gesellschaftlichen Form der Verwirklichung öffentlicher Interessen, in den ländlichen Ortsgemeinschaften. Diese sind nicht Gemeinden im heutigen Sinn, sondern Genossenschaften, in welchen Einzelrecht und Gesamtrecht sich verflechten, je nach den Gegenständen bald dieses bald jenes stärker hervortretend. Sie besitzen selbstverständlich Wege, Strafsen, Plätze. Der Boden, der dazu benutzt wird, ist Allmend, keinem Einzelnen für sich gehörig, sondern der Gesamtheit und damit jedem Einzelnen dienend zum Verkehr. Über die Instandhaltung und über die Ordnung der Benutzung wacht die Vorstandschaft, sagen wir die Gemeindeobrigkeit. Alles Recht am Wege, so lange er besteht, erscheint deshalb nur in zweierlei Gestalt: in der Bestimmung für den Nutzen der Gesamtheit und als Aufsichtsrecht der Obrigkeit[2].

In gröfserer Mannigfaltigkeit entwickeln sich derartige gemeinsame Einrichtungen in den Städten. Brunnen, Märkte, Waschhäuser werden dem Gemeingebrauche gestellt; aber der Gesamtheit kann die Sache auch ohne Gemeingebrauch dienen: Thore und Mauern sind ursprünglich gleichfalls als Allmend betrachtet[3].

---

[1] Dafs der Gedanke der juristischen Persönlichkeit erst einer späteren Entwicklungsstufe unserer Gemeinwesen angehört, ist unzweifelhaft (vgl. auch unten § 55). Die Art, wie die geschichtliche Entwicklung vor sich ging, ist in Gierkes grofsartigem Werke: Das deutsche Genossenschaftsrecht, mit voller Deutlichkeit zur Anschauung gebracht worden. Für die damit zusammenhängende Gestaltung des Sachenrechts giebt uns namentlich der zweite Band des Werkes die mafsgebenden Anknüpfungen.

[2] Gierke II S. 229, 234 (Gemeingebrauch an den Wegen, Plätzen, Brücken und Keime der Polizeigewalt der Gesamtheit); S. 235 Note 169 (Wege, Stege, Plätze, Triften u. s. w. erscheinen schon in den alten Pertinenzformeln als Bestandteile der Allmende). Man hat behauptet, dafs der gleiche Gedanke ursprünglich auch im römischen Rechte zu Grunde liege; Hesse im Jahrb. f. Dogm. VII S. 183 N. 8: „Was zur allgemeinen Benutzung bestimmt war, gehört nach ihrer (der Römer) Auffassung Allen (universitatis esse creditur), ohne dafs sie die Gesamtheit als bestimmte ideale oder juristische Person auffafsten.“ Darüber Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand., Buch 43 u. 44 T. IV, 1 S. 36 Vgl. auch unten Note 8.

[3] Gierke II S. 667 („Das Recht der Gesamtheit fand seinen Kern und stärksten Ausdruck in dem Recht am unverteilten Lande, und zwar in der Stadt selbst an Strafsen, Plätzen, Befestigungen und allen dem gemeinen Gebrauch gewidmeten Gebietsstücken, im Stadtfeld an Wegen und an Gewässern“); S. 670, 677,

Im Reich und mehr noch in den Territorien wendet sich die werdende Staatsgewalt allmählich den wirtschaftlichen Interessen lebhafter zu. Gröfsere Strafsenzüge entstehen und andere staatliche Unternehmungen ähnlicher Art. Die Form des alten Wegerechts wird darauf übertragen. Sie findet ohne weiteres auch Anwendung auf die Wasserstrafsen, schiffbaren Flüsse, Seen, Kanäle, welche ja teilweise keine willkürlich geschaffenen Einrichtungen sind, vor allem auch schon von Natur ein Sondereigentum nicht zulassen. Die Frage des Eigentums ist für jene Auffassungsweise ja überhaupt gleichgültig. Aber diese Auffassung selbst erhält jetzt mit dem Eintritt in das weitere Gemeinwesen eine vollständige Umprägung nach ihren beiden Seiten hin.

Das Wesen der öffentlichen Sache besteht in ihrer Zugehörigkeit an die Gesamtheit, der sie dienen soll. Aber die Gesamtheit ist jetzt nicht mehr erkennbar als Trägerin von Gemeininteressen. Die Genossenschaftsidee ist zurückgetreten. Die Zugehörigkeit an die Gesamtheit erweist sich ausschliefslich in dem unmittelbaren Nutzungsrechte aller Einzelnen, im öffentlichen Gebrauch. Öffentliche Sachen sind diejenigen, an welchen das Recht des usus publicus besteht[4].

Dem steht gegenüber ein landesherrliches Hoheitsrecht, die Wegehoheit, Wasserhoheit, vermöge deren die Obrigkeit berechtigt ist, die Aufsichtsgewalt über diese Landes-Allmend zu führen. Diese Hoheit äufsert sich in dem Rechte, Strafsen anzulegen und aufzulassen, Flüsse zu regulieren, den öffentlichen Gebrauch zu ordnen, die ganze Polizei der Einrichtung zu handhaben, aber auch Zölle und Abgaben auf die Benutzung zu legen, letzteres dem Geiste der Zeit gemäfs oft sehr in den Vordergrund geschoben[5].

---

678 Note 105 (Strafsen, Plätze, Brücken u. s. w. werden auch oft ausdrücklich Allmend genannt). Wie dann hier alsbald der Begriff einer Stadtpersönlichkeit als Eigentümerin dieser Sachen sich ausbildete, vgl. unten Note 7.

[4] Gegenüber diesem Rechte des Gemeingebrauchs tritt das Recht der Obrigkeit in zweite Linie; jenes ist es, was das Wesen der Rechtsgestalt der öffentlichen Sache ausmacht. Bei Struve, syntagma cum addit. Müll. exerc. 45 thes. 55, wird das sehr entschieden ausgesprochen: „spiritum quasi ac vitam potius ab usu publico quam ab autoritate principis habere videntur (scil. die öffentlichen Wege). Dieselbe Auffassung steht hinter den etwas verschrobenen Ausdrücken des P. Heiz bei Fritsch, jus fluv. I S. 173 ff., welche Schwab in Arch. f. civ. Pr. 30 Beil. S. 37 anführt: der Fürst hat die jurisdictio über den öffentlichen Flufs; deswegen bleibt dieser doch „publicum" und „res populi", d. h. dem Gemeingebrauch gehörig. Anders als im Gemeingebrauch erscheint den damaligen Juristen das „Volk" nicht.

[5] Pütter, inst. § 336; Kreittmayr, St.R. § 16; Häberlin, St.R. III S. 5 ff.

Das ist die öffentliche Sache, wie das alte Staatswesen sie uns überliefert hat.

Damit verbindet sich nun die römischrechtliche Theorie, um diese öffentlichen Sachen für res extra commercium zu erklären; sie können nicht veräufsert und nicht ersessen werden. Wenn im ursprünglichen Verhältnis die Idee des Eigentums an diesen Sachen in dem Gesamtrecht verschwamm, und die Frage demnach gleichgültig erschien, so wird sie jetzt von der Theorie gänzlich ausgeschlossen: einen Eigentümer kann es für solche Sachen überhaupt nicht geben, weder in einem Einzelnen, noch in einer Gesamtheit, noch in einer juristischen Person; sie sind als res extra commercium für das Eigentum unzugänglich[6].

2. Mit dem Erlöschen der Idee eines genossenschaftlichen Eigentums hatte diese Auffassung den natürlichen Boden verloren, von dem sie ausgegangen war. Die Stelle, die dieses ausfüllte, hatte sie leer gelassen. Die mächtige Entfaltung des Staatsgedankens bringt nunmehr den Umschwung. Das grofse Abstraktum, als wollende und handelnde Macht mit eigener Persönlichkeit das Gemeinwesen darstellend, wird zum geborenen Träger aller Rechte und Herrschaftsäufserungen, welche für die Interessen desselben zu üben sind. Unter ihm erscheinen mit gleichem Anspruch öffentlichrechtliche juristische Personen zweiten Ranges. Die öffentlichen Sachen werden Eigentum dieser Rechtssubjekte.

Die Entwicklung vollzieht sich am frühesten in den Städten, den Treibhäusern der neuzeitlichen Staatsidee. Strafsen, Brunnen, Mauern, Thore verlieren alsbald den Zusammenhang mit dem Rechte des Bürgers, den die ländlichen Gemeinschaften mit dem Allmendbegriff solchen Dingen noch lange belassen, und werden fortan für Eigentum der Stadt selbst angesehen, die den Einzelnen als ein anderes, selbständiges und höheres Rechtssubjekt entgegentritt[7].

---

[6] Darüber die bei Schwab in Arch. f. civ. Pr. 30 Beil. S. 39 Note 59 ff. angeführten Schriftsteller. Vor allem Wesembec bei Fritsch l. c. II S. 89: „Publica flumina non sunt in commercio nec alicujus vel proprietate vel usu, sed jure gentium publicis usibus omnium serviunt, proprietate vero sunt nullius, quamvis quoad protectionem ad principem spectent.“ Hier sind die drei Dinge deutlich auseinander gehalten: Eigentümer ist niemand, die Sache dient nach Naturrecht dem usus publicus, der Fürst hat nur die protectio. — Die nämliche Konstruktion giebt Fritsch auch für die öffentlichen Strafsen, opuscula I, 14 tractatus de regali viarum publicarum jure, cap. III n. 4: „unde earum proprietas nullius est, usus autem omnium, quam ob causam appellantur publicae; ac propterea protectio illarum pertinet ad summum principem.“

[7] Über diese Entwicklung vgl. Gierke, Gen.R. II S. 748.

Die römischrechtliche Wissenschaft verallgemeinert von ihrem Standpunkte aus den Gedanken: res publicae sind Sachen des Staates, von diesem den öffentlichen Zwecken gewidmet und deshalb extra commercium[8].

Die staatliche Gesetzgebung greift ein und erklärt den Staat für

---

[8] Diese Ansicht war lange Zeit ziemlich unbestritten die herrschende gewesen (Burkhardt in Grünhuts Ztschft. 15 S. 613), als sie gelegentlich des berühmten Baseler Schanzenstreites durch die Gutachten von Keller und von Jhering einer lebhaften Anfechtung unterzogen wurde. Um den Anspruch des abgetrennten Kantons Basel-Land auf Anteil an den Festungswerken der Stadt Basel auszuschliefsen, wurde aufgestellt: dem Staat stehe an solchen Sachen kein dem Eigentum gleich zu achtendes Recht zu. Keller will dem Staate dafür nichts als ein „reines" Hoheitsrecht lassen; Erwiderung auf das Gutachten von Rüttimann S. 8: „Also ein reines Hoheitsrecht wird dem ungeteilten Kanton Basel über die Festungswerke zugeschrieben, folglich jedes Privatrecht, mithin auch das Eigentum ausgeschlossen, ohne allen Unterschied zwischen latentem und patentem, zwischen schlafendem und wachendem, zwischen verdecktem und offenem Eigentum." Dieses reine Hoheitsrecht nennt er auch „das Hoheits- oder Polizeirecht, welches nach der wohl richtigeren Meinung ihm allein zusteht, einerseits alle Befugnisse des Eigentums in sich schliefst, andererseits aber gegen alle jene Gefahren (die Servituten-Ersitzung u. dergl.) gepanzert ist" (S. 7). Wenn dieses Hoheits- oder Polizeirecht wirklich alle Befugnisse des Eigentums in sich schliefsen sollte, dann würde es sich vielleicht nur um einen Streit über den Namen handeln. Allein dem ganzen Zusammenhange nach soll in der That das „reine" Hoheits- und Polizeirecht gerade den Gegensatz zu irgend einem Rechte an der Sache bedeuten, ein blofses Aufsichts- und Ordnungsrecht, wie es der Obrigkeit dem usus publicus gegenüber von jeher zustand. — Jhering, welcher Keller in seinem Gutachten (der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt über die Festungswerke der Stadt Basel 1862) sekundiert, spricht die jenem vorschwebende Grundidee offen aus: der eigentlich Berechtigte an öffentlichen Sachen ist niemand anderes als die Vielheit der Rechtssubjekte, welchen der öffentliche Gebrauch zusteht, das Publikum (a. a. O. S. 38); das sogenannte Eigentum des Staates oder der Stadt an den res publicae ist nur „die Rückseite des Gemeingebrauchs", nur eine Redeweise, um auszudrücken, dafs den Angehörigen des Staats oder der Stadt der Gemeingebrauch zustehe (S. 43). — Es ist klar, dafs hier einfach unsere ältere Auffassung der öffentlichen Sachen wieder auftaucht, welche gerade mit Hülfe des römischen Rechts überwunden war: der Gemeingebrauch ist der eigentliche Herr der Sache, Jherings Publikum ist die alte Gesamtheit der Genossenschaft. In Geist des röm. R. III S. 334 wird dieselbe Auffassung vertreten. Merkwürdig ist es jedenfalls, dafs die Gelegenheit, um den Gemeingebrauch in dieser Weise wieder auf den Thron zu setzen, gerade an solchen öffentlichen Sachen gesucht werden mufste, die einem Gemeingebrauche des Publikums niemals unterlegen sind, an Festungswerken. Wer in einer Festung wohnt, mache nur einmal die Probe! Die Jhering-Kellersche Restauration der älteren Rechtsanschauungen ist übrigens ohne dauernden Eindruck geblieben. Vgl. vor allem die lebhafte Abwehr von Wappäus, Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen S. 85 ff. und Kappeler, Rechtsbegriff des öffentl. Wasserlaufs S. 6 ff.

den natürlichen selbstverständlichen Eigentümer der öffentlichen Sachen. Sie gehören ihm als gemeines Eigentum des Staates, domaine public, öffentliches Gut, eigentliches Staatseigentum[9]. Es ist ein Eigentum besonderer Art, ausgezeichnet namentlich durch Unveräufserlichkeit und Unersitzbarkeit. Andere juristische Personen des öffentlichen Rechtes können in dieser Rolle den Staat vertreten. Andere Formen des Rechtes an der Sache können die Form des Eigentums möglicher Weise ersetzen, um die Sache zur öffentlichen Sache zu machen. Den Kern der Erscheinung bildet aber nicht mehr der usus publicus, sondern diese dingliche Herrschaft des bestimmten Rechtssubjektes. Der usus publicus ist nur eine Form der Ausübung dieser Herrschaft oder eine Last und Beschränkung derselben, zugleich ein Merkmal, dafs das Eigentum des Staates hier von der besonderen rechtlichen Natur ist, die es vor einfachem gewöhnlichem Eigentum auszeichnet[10].

Die Art nun, wie dieses Eigentum des Staates an öffentlichen Sachen zur Anschauung gebracht wird, trägt von Anfang an die Zeichen des Gedankenkreises des Polizeistaates unverkennbar an sich. Jene Halbierung des Staates, welche sich dort durch alle Rechtsinstitute des öffentlichen Rechtes hindurchzieht, wo immer von Sachwerten und Vermögensbeziehungen die Rede ist, giebt die mafsgebende Grundlinie auch für dieses Rechtsinstitut: es wird zerlegt in eine civilrechtliche und eine öffentlichrechtliche Seite und jede einer entsprechenden Erscheinungsform des Staates zugewiesen.

---

[9] A.L.R. II, 14 § 21: „Die Land- und Heerstrafsen, die von Natur schiffbaren Ströme, die Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigentum des Staates“; Bayr.L.R. II, 1, 5 und Gem. Ed. v. 1808 §§ 15—17; code civil art. 538; Österreich. Ges.Buch § 287; Haubold, Sächs. Priv.R. § 229 Anm. 2: „Durch Befehl vom 7. Okt. 1800 wurden vier genannte Flüsse für öffentlich, d. h. für Eigentum des Staates erklärt“.

[10] Die verschiedenen Arten von öffentlichen Sachen sind bei dieser Entwicklung nicht gleichen Schritt gegangen. Den mittleren und Durchschnittsfall bieten die öffentlichen Wege. An den Festungswerken, gerade weil ein usus publicus an ihnen nicht stattfindet, wird, allen voran, ein Stadt- und Staatseigentum erkannt, so dafs die Gesetzgebung zuletzt gar nicht für nötig findet, es auszusprechen (vgl. vor. Note). Umgekehrt die öffentlichen Flüsse: sie bilden die Nachzügler; soweit die Landesgesetzgebung nicht ausdrücklich den Staat für den Eigentümer erklärt hat, versucht die Theorie (auch jetzt noch vielfach bei ihnen, ausnahmsweise und im Gegensatz zu Wegen, Festungswerken u. s. w., mit dem blofsen usus publicus als „spiritus ac vita“ der Sache auszukommen, ohne ein öffentliches Eigentum des Staates anzunehmen. So namentlich Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sache § 21; Gerber, D. Pr.R. § 62 u. 63; Stobbe, D. Pr.R. § 64, I u. II.

Demnach ist Eigentümer der öffentlichen Sache der Fiskus, dem dieses Eigentum zusteht als einem Privatmann nach den Regeln des Civilrechtes, als civilrechtliches Eigentum.

Ihm steht aber gegenüber der eigentliche Staat, welcher mit seiner hoheitlichen Gewalt über der Sache wacht, um sie bei ihrer Bestimmung für das öffentliche Interesse zu erhalten. Er legt dem Fiskus die Last auf, für die Instandhaltung zu sorgen, zwingt ihn, dem Einzelnen den öffentlichen Gebrauch in gehöriger Weise zu gewähren, wehrt ihm die Veräufserung, wehrt andererseits den Unterthanen die Ersitzung und sonstige Störung, kann aber auch durch lex specialis besondere Rechte an der Sache begründen, um sie bestimmten Einzelnen zu verleihen[11].

Diese Auffassung, eine Zeitlang natürlich einfach die herrschende, ist auch heutzutage durchaus noch nicht völlig überwunden; wenn man sich auch mehr und mehr davor scheut, die Zweiteilung des Staatsbegriffs, die sie verlangt, geradezu zu bekennen, so steht man doch unbewufst noch in ihrem Bann.

Dies gilt namentlich von einer Art Übergangsmeinung, die sich augenblicklich grofsen Ansehens bei unseren Gerichtshöfen erfreut. Sie will an öffentlichen Sachen ein reines, einheitliches Staatseigentum

[11] Diese Rechtsgestalt erhält das Verhältnis auch da, wo die öffentliche Gewalt noch als eine Summe abgegrenzter landesherrlicher Hoheitsrechte gedacht wird: die Wegehoheit bleibt dieselbe, auch wenn der Fiscus Eigentümer des Weges ist; Kreittmayr, St.R. §§ 13, 16; Klüber, öff. R. §§ 408, 410. Den Ausdruck Hoheitsrecht gebraucht aber bekanntlich auch der Polizeistaat noch, nachdem die Grenzen der Hoheitsrechte längst verwischt sind. In seinen Anschauungen steht Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 43: die öffentlichen Sachen sollen dauernd allen Staatsbürgern zu Gute kommen; „daher verbietet der Staat kraft seines Hoheitsrechtes dem Eigentümer, der er auch selbst sein kann in seiner Eigenschaft als Fiskus, wenn er einmal eine bestimmte Sache ad usum publicum hergegeben hat, die Ausübung seines Eigentums daran soweit, als darin eine Gefährdung jenes allgemeinen Nutzens gesehen wird." — Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 324 ff. „Öffentliche Wege sind Eigentum des Fiskus und zwar »förmliches Privateigentum«, welches der Fiskus veräufsern und belasten kann, wie anderes auch. Aber die Sache hat auch eine polizeiliche Seite: weil die Strafse einer Staatsaufgabe dient, wird der Fachminister (der also den Staat vertritt) entscheiden, was der Fiskus zu thun und zu lassen hat." — Vgl. auch O.Tr. 18. Juli 1861 (Str. 42 S. 288). Besonders erfreulich durch seine Deutlichkeit ist R.G. 23. Febr. 1880 (Samml. I S. 366): Meeresufer sind res publicae, gemeines Eigentum des Staates; sie fallen deshalb wohl in das Gebiet des privatrechtlichen fiskalischen Eigentums, aber dieses ist „vermöge der publizistischen Staatshoheit" beschränkt zu Gunsten des öffentlichen Gebrauchs. Wenn „Fiskus" als Eigentümer den öffentlichen Gebrauch hindert, so haben sich die Beteiligten „an die Staatsverwaltung um Abhülfe zu wenden".

zur Geltung bringen: der Staat selbst als hoheitliche Macht beherrscht die Sache. Der Fiskus wäre also beseitigt ganz im Sinn unserer Lehre vom öffentlichen Eigentum. Nun hängt man aber noch ganz in den Anschauungen der Fiskus-Theorie, wonach der Staat als hoheitliche Gewalt nur befehlen und anordnen, aber keine Sachen besitzen und eigentümlich haben kann. Daraus ergiebt sich dann der wunderliche Schlufs, dafs dieses der hoheitlichen Gewalt zustehende Eigentum, das „gemeine Staatseigentum“ kein Eigentum ist! Die res publicae werden dadurch wieder res nullius[12].

---

[12] Wappäus, welcher seinerseits die Fiskustheorie noch voll zur Anwendung bringt (vgl. vor. Note), deutet doch bereits auf diese andere Auffassung hin (a. a. O. S. 103): „Übt der Staat als solcher sein Eigentum (an den öffentlichen Sachen) aus? Wir sagen: Ja. Freilich nicht als solcher; denn der Staat als solcher kann keine Eigentumshandlungen vornehmen, sondern kann nur gebieten und verbieten, aber als Vermögenssubjekt, als Fiskus übt er sein Eigentum aus; und weiter hat niemals jemand etwas behauptet.“ Die vollständige Eigentumsunfähigkeit des Staates mufs ja von selbst dazu führen, dafs, sobald man den Fiskus nicht mehr zur Aushülfe hat, die öffentlichen Sachen herrenlos werden. Schwab in Arch. f. civil. Pr. 30 Beil. ist so weit. Er hat das fiskalische Eigentum an öffentlichen Flüssen entschieden verworfen; sie sollen Staatseigentum sein im engeren und eigentlichen Sinne (S. 32, 95). Wie sieht aber dies Eigentum aus? „Der Rechtsgrund dieser sämtlichen Befugnisse könnte allerdings aus der Staatsgewalt, als Inbegriff der wesentlichen Hoheitsrechte, überhaupt hergeleitet werden, ohne dafs es nötig wäre, hierfür noch einen besonderen Rechtstitel in dem öffentlichen Eigentum zu suchen. Allein wenn man das Staatseigentum nicht zu einem inhaltslosen oder doch blofs negativen Recht machen will, so läfst sich nicht absehen, warum diese Befugnisse, insoweit sie dem Staat in Bezug auf öffentliche Sachen zustehen, nicht, neben jenem allgemeinen Rechtsgrunde, insbesondere auch aus dem Staatseigentum sollten abgeleitet werden können“ (S. 57 Note 80). Er fügt dann hinzu: „Allerdings giebt das öffentliche Eigentum seiner Natur nach dem Staate ein mehr polizeiliches Recht der Aufsicht, Regelung und Beschränkung der Staatsbürger, als ein ausschliefsliches Verfügungsrecht über die Sache, wie dies das Privateigentum dem Berechtigten verleiht“ (S. 58 Note 81). Man sieht, Schwab bringt mit dem besten Willen in dieses öffentliche Eigentum nicht mehr hinein als die Rechte des „eigentlichen Staates“ gegenüber dem fiskalischen Eigentum an der öffentlichen Sache. Die Ehrlichkeit erfordert aber dann doch wohl zu sagen: dieses Eigentum ist kein Eigentum. Das thut das Reichsgericht. Das Preufsische Ober-Tribunal hatte mehrfach, allerdings dazwischen auch wieder entgegengesetzt entscheidend, erklärt, dafs die öffentliche Sache, die im gemeinen Eigentum des Staates stehe, nicht res fisci sei. R.G. 23. Sept. 1880 (Samml. III S. 232) spricht demgemäfs aus: das Bett des Flusses „ist nach A.L.R. II, 14 § 21 gemeines Eigentum des Staates, somit res communis omnium, eine res nullius und deshalb eine res publica.“ Was für Gedankenwindungen! R.G. 10. Febr. 1881 (Samml. IV S. 258): Der Fiskus hatte einen Steinblock aus dem schiffbaren Flusse geholt, ein Uferbesitzer ihm das Recht streitig gemacht. Das Reichsgericht sagt: „Allerdings schliefst das gemeine Eigentum des Staates das besondere Eigentum eines Ein-

Diese Auffassung hat keinen anderen Wert als den, ein Zeichen zu sein, daſs die Fiskustheorie auch in ihrer Anwendung auf die öffentlichen Sachen in der Zersetzung begriffen ist, — ein Vorgang, dessen wir auch ohnedies gewiſs sein könnten.

3. Unser Verwaltungsrecht beginnt mit der Abschüttlung aller Reste der polizeistaatlichen Fiskustheorie. Die einheitlich gedachte öffentliche Gewalt ist der Gegenstand seiner Betrachtung, wie sie sich frei entfaltet in der ganzen Fülle ihrer Lebensäuſserungen. Eine davon ist das Eigentum des Staates an öffentlichen Sachen. Die neue Auffassung wird wesentlich getragen von unseren romanistischen Theoretikern. Es ergiebt sich hier der seltene Fall, — er brauchte gar nicht so selten zu sein — daſs unser öffentliches Recht seine Lehre unmittelbar anknüpft an römischrechtliche Begriffe und das römische Recht zum Lehrmeister wird für das deutsche Verwaltungsrecht.

In den res publicae hat man nach den wohl verstandenen Quellen Sachen zu sehen, welche dem römischen Volke, der Staatspersönlichkeit, gehören zu Eigentum. Aber nicht zu Eigentum nach Civilrecht; das römische Volk als solches lebt nicht nach Civilrecht. Auch wenn ihm Eigentum gehört, erscheint darin noch seine hoheitliche Macht, die majestas populi Romani.

In dieser Weise sind auch unsere öffentlichen Sachen im Eigentum des Staates in einer anderen Art Eigentum, als das Privateigentum ist. Dieses Eigentum ist öffentliches Eigentum im Sinne von öffentlichrechtlichem Eigentum. Es tritt als ein verwandtes Rechtsinstitut, im Gegensatz zu den entsprechenden Civilrechtsinstituten, in die Reihe neben den öffentlichrechtlichen Vertrag, die öffentlichrecht-

zelnen an dem Flusse und dem dazu gehörigen Bette aus" . . . „deshalb hat niemand ein Privateigentum an dem Bette des Flusses, und zwar weder der Fiskus, noch die Anlieger." Dagegen hat jedermann das Recht, sich die im Flusse befindlichen Steine zuzueignen, „auch der Fiskus". Wenn das gemeine Eigentum des Staates das Eigentum jedes Einzelnen an dem Bette ausschlieſst, so, sollte man meinen, würde es doch wenigstens das Eigentum des Staates selbst nicht ausschlieſsen. Aber der Staat des Reichsgerichts ist der „eigentliche Staat", die reine hoheitliche Gewalt der Polizeistaatsanschauung; dieser Staat kann, wie Wappäus ganz richtig sagt, kein Eigentum ausüben. Und da kommt dann der Fiskus, dieser Realist, und zieht ihm die Steinblöcke aus seinem Bette! — Sachlich kommt man mit dieser Auffassuug von dem, was der Staat an der öffentlichen Sache hat, wieder ganz auf den alten Standpunkt zurück von Struve, Fritsch und ihren unbewuſsten Erneuerern Keller und Jhering, nur daſs diese der Sache doch wenigstens einen scheinbaren Herrn geben im usus publicus, während sie jetzt einfach als herrenlos sich bekennt.

liche Eigentumsbeschränkung, die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit u. s. w.[13].

Das ist die Lehre, die in neuerer Zeit zusehends an Einfluſs und Beachtung gewinnt. Aus dem Zusammenhang unseres Verwaltungsrechts heraus erkennen wir sie auch als die einzig richtige. Daſs sie noch durchaus nicht als die herrschende bezeichnet werden kann, darf uns daran nicht stören. Wenn sie allerwege noch halben Zustimmungen, Übergangsmeinungen, Rückfällen in ältere Auffassungen begegnet, so ist das nur die notwendige Folge der Unfertigkeit unserer Wissenschaft vom Verwaltungsrecht.

Was hilft es, daſs unsere Romanisten sagen: dieses Eigentum ist nach öffentlichem Recht zu beurteilen, wenn man nicht genau und bestimmt anzugeben weiſs, was denn nun dort drüben, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, Eigentum bedeutet? Die solide Rechtswissenschaft bleibt da lieber auf dem sicheren vertrauten Boden stehen und behilft sich mit der Anerkennung, daſs hier etwas Besonderes, Ungewöhnliches hereinragt, das sie nicht weiter erklären kann. So entsteht die häufig gebrauchte Formel: das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen ist einfaches Privateigentum, nur beschränkt durch den Gemeingebrauch[14]. Die Halbheit und Ungenügendheit

[13] Diesen Begriff des öffentlichen Eigentums hat Dernburg in seinem Gutachten zum Baseler Schanzenstreit (S. 17) folgendermaſsen wiederzugeben gesucht: „Das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen ist aber freilich nicht einfaches Eigentum, wie es Private inne haben." Der Staat hat vielmehr hier „seine Rechtsstellung über die eines gewöhnlichen Eigentümers hinaus erhoben, sein Recht als ein unveränderliches, unantastbares erklärt und diese Sachen auſserhalb des Vermögensverkehrs gestellt. Wir können nichts dagegen einwenden, wenn man dieses Recht als ein hoheitliches bezeichnet, weil es durch das öffentliche Recht wesentlich in Form und Inhalt bestimmt wird." — Ihren vollkommensten Ausdruck dürfte die neue Auffassung gefunden haben in der kleinen aber bedeutsamen Schrift von Eisele, Das Rechtsverhältnis der res publicae in publico usu nach römischem Recht. Dort heiſst es: „Das Rechtsverhältnis der öffentlichen Sachen gehört, und zwar ganz und nach allen Seiten, dem jus publicum an" (S. 21); „Das Recht des Staates an den öffentlichen Sachen (ist) zu bezeichnen als Eigentum des jus publicum oder als publizistisches Eigentum" (S. 24). — Es darf wohl hervorgehoben werden, daſs Eisele hier, ohne sie zu kennen, geraden Weges die Auffassung der französischen Verwaltungsrechtswissenschaft wiedergiebt, welche ich meinerseits, ohne Eisele zu kennen, in Theorie des Franz. V.R. S. 229, fast wörtlich mit ihm übereinstimmend dahin zusammengefaſst habe: „Domaine public ist ein Eigentum des Staates, welches dem öffentlichen Rechte unterliegt."

[14] Bruns in Holtzendorff Encyklop. I S. 276: „Das römische Recht behandelt diese Sachen nach altrepublikanischem Dogma als ein Korporationseigentum des Volkes und giebt allgemeine Popularklagen zum Schutze der Benützung. Bei uns sind sie einfaches Eigentum des Staates, was nur durch die Bestimmung zur all-

dieses Auskunftsmittels springt in die Augen. Ist denn nicht am Ende die Begründung des Gemeingebrauchs selbst eine Verfügung des Eigentümers, durch die er sein Eigentum gerade für seine Zwecke benützt? Wie kann man sagen, das sei eine Beschränkung des Eigentums! Und dann: ein Gemeingebrauch findet an sehr vielen öffentlichen Sachen gar nicht oder nur in sehr abgeschwächter Gestalt statt. Was zeichnet dann das Eigentum an diesen aus?

Wiederum aber ist es ein Zeichen der Zeit, ein Merkmal der Richtung, in welcher die Entwicklung geht, daſs diese Formel jetzt mehr und mehr mit einer gewissen Resignation beibehalten wird. Man möchte wohl etwas besseres haben und begrüſst von dieser Seite die Idee des öffentlichen Eigentums nicht unfreundlich. Man traut ihr nur nicht recht, weil sie sich nicht klar genug enthüllt[15].

Hier hat unsere Wissenschaft vom deutschen Verwaltungsrecht eine Pflicht zu erfüllen. Wir müssen sagen können, was das öffentliche, d. h. öffentlichrechtliche Eigentum ist. „Öffentlichrechtlich“ be-

---

gemeinen Benutzung von dem gewöhnlichen fiskalischen Eigentum unterschieden ist.“ Kappeler, Öff. Wasserlauf S. 17, spricht von einem Staatseigentum, welches durch den vom Staate selbst geschaffenen usus publicus eine Beschränkung und andererseits eine Vervollkommung erhält, welch letzteres dann zur Verkehrsunfähigkeit führt. — Vgl. auch Burkhardi in Ztschft. f. Reichs- u. LandesR. I S. 107 ff.; Hölder in Krit. V.J.Schft. 1874 S. 443 ff.; Windscheid, Pand. (5. Aufl.) I S. 440; Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand., Buch 43 u. 44, 1 S. 29 ff.: Burkhard in Grünhuts Ztschft. 15 S. 645.

[15] Am deutlichsten Hölder in Krit. V.J.Schft. 1874 S. 443 ff. (zu Eisele): „Für den Civilisten hat die Annahme eines öffentlichen Rechtes das Bequeme, daſs das fragliche Verhältnis aus dem Gebiete des Privatrechts ausgewiesen ist; wie aber soll ihm der Publizist seine Stelle im System des Staatsrechts anweisen? So lange diese Frage nicht erledigt ist, ist jedenfalls die Aufgabe der juristischen Konstruktion jenes Rechtes nicht gelöst.“ Es besteht für ihn „Verdacht, daſs wir eigentlich nach wie vor dasselbe Eigentum vor uns haben, daſs jene Bestimmung zum Gemeingebrauch die Natur des dem Staate zustehenden Rechtes nicht ändere.“ Ähnlich Windscheid, Pand. I S. 440. Burkhard in Grünhuts Ztschft. 15 S. 644 findet juristisch kein Hindernis, auch von „einem unsrem privatrechtlichen Eigentum korrespondierenden öffentlichrechtlichen Begriff des Eigentums“ zu sprechen; diesen würde er dann an die Seite stellen den öffentlichrechtlichen Verträgen, Reallasten, Servituten u. s. w. Aber er meint, all diese öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute würden „ihrer Struktur und Anlage nach“ doch einfach mit den entsprechenden privatrechtlichen übereinstimmen und nur insofern dem öffentlichen Rechte zugewiesen sein, als sie „das Interesse der Allgemeinheit lebhafter berühren“. Da hat er denn allerdings ganz recht, wenn er keine „Nötigung zu einer solchen Konstruktion“ einsieht. Wir unsererseits aber wissen, daſs das öffentliche Recht etwas anderes bedeutet, als nur ein lebhafteres Berührtwerden des Interesses der Allgemeinheit.

deutet ja für uns nicht eine äufserliche Rubrizierung und Klassifizierung, sondern eine feste Grundlage, auf welcher das Rechtsinstitut sich entfaltet. Wenn wir es in seiner ganzen Bestimmtheit erfassen, so müssen die Schatten der Vergangenheit von selbst verschwinden[16].

II. Für die ganze Lehre vom öffentlichen Eigentum ist von grundlegender Bedeutung der Begriff der öffentlichen Sache.

Dieser Begriff setzt sich zusammen aus zwei Merkmalen: aus einer Zweckbestimmung und aus einer rechtlichen Zugehörigkeit, beide aber nicht selbständig neben einander gedacht, sondern sich gegenseitig bedingend und durchdringend.

Die Zweckbestimmung, welche der öffentlichen Sache eigentümlich ist, besteht darin, dafs sie dem öffentlichen Interesse dient. Aber nicht in der Weise, dafs sie eine Nützlichkeit vorstellt im bürgerlichen Gemeinleben, im Ganzen des gesellschaftlichen Daseins des Volkes, sondern in dem bestimmten Sinn des öffentlichen Interesses als des Zieles der geordneten Thätigkeit der öffentlichen Gewalt, der öffentlichen Verwaltung. Daraus folgt von selbst schon eine bestimmte Forderung bezüglich der rechtlichen Zugehörigkeit dieser Sachen.

Die rechtliche Zugehörigkeit, welche zum Wesen der öffentlichen Sache gehört, mufs bestehen für ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung, den Staat in erster Linie. Aber auch diese Zugehörigkeit ist nicht beliebiger Art, sondern eine solche, die durch die Art, wie die Sache dem öffentlichen Interesse zu dienen bestimmt ist, ihre besondere rechtliche Natur bekommt.

Alle Sachen, welche dem Staate gehören, dienen schliefslich der öffentlichen Verwaltung. Aber sie thun es mehr oder weniger unmittelbar. Man hat nach diesem Gesichtspunkt zweierlei Arten von Staatsvermögen unterschieden: das Finanzvermögen und das Verwaltungsvermögen. Das erstere umfafst die Sachen, welche lediglich als Geld und Geldeswert in Betracht kommen, oder als privatwirtschaftliches Kapital zur Erzeugung von Geldwerten. Das letztere besteht aus den Sachen, welche unmittelbar mit ihrem Gebrauchswert als Mittel der öffentlichen Verwaltung zur Verwendung kommen.

Zu dem letzteren, zum Verwaltungsvermögen, rechnet man wohl manchmal auch die öffentlichen Sachen. Dabei gerät ihre Eigenart

---

[16] Die Lehrbücher des Staats- und Verwaltungsrechts gehen meist an dem Begriffe des öffentlichen Eigentums und der öffentlichen Sache vorüber. Eine rühmliche Ausnahme macht v. Stengel, D.V.R., welcher diesem Gegenstand einen eignen Abschnitt widmet (S. 49—57).

in Gefahr, verwischt zu werden[17]. Sie bilden eine dritte Gruppe für sich: das Dienen für die öffentliche Verwaltung wird bei ihnen ein so unmittelbares, daſs die rechtliche Herrschaft selbst, in der sie stehen, dadurch ihre besondere Natur bekommt. Wenn wir hier von öffentlichen Sachen sprechen, so meinen wir Sachen öffentlichen Rechtes; res publicae sind uns res publici juris, das will sagen: Sachen, welche um ihrer Zweckbestimmung willen in einer rechtlichen Herrschaft stehen, die nach öffentlichem Rechte zu beurteilen ist.

Da wird uns nun freilich von vornherein die „juristische Möglichkeit“ eines öffentlichen Sachenrechts dieser Art bestritten. Wie ist es überhaupt denkbar, daſs die rechtliche Herrschaft über eine Sache nach öffentlichem Recht beurteilt werde? Die gewöhnliche Auffassung ist natürlich geneigt, die Alleinherrschaft der entsprechenden civilrechtlichen Begriffe als Glaubenssatz festzuhalten. Der wichtigste Begriff dieser Art, das Eigentum, wird z. B. bestimmt als „die umfassende ausschlieſsende und unbedingte Macht über die Sache“ [18]. Also, sagt man, liegt dies entweder vor, dann ist civilrechtliches, oder es liegt nicht vor, dann ist gar kein Eigentum gegeben. Hierauf ist zu entgegnen, daſs allerdings auch das öffentliche Eigentum ganz und gar diesem richtigen Begriffe entsprechen wird. Aber was ist civilrechtliches Eigentum? Der Sache gegenüber, welche Gegenstand dieser Macht ist, enthält das Eigentum ja nichts Rechtliches. Rechtlich wird die Macht dadurch, daſs die Beziehungen zu anderen Rechtssubjekten, zu bestimmten und unbestimmten, in welche der Eigentümer von hier aus tritt, in dem ihr entsprechenden Sinne rechtlich geordnet sind. Diese die Macht über die Sache umgebende Ordnung von daran sich knüpfenden Beziehungen zu Anderen ist die Rechtsordnung des Eigentums. Diese Rechtsordnung wird geliefert durch die Regeln des Privatrechts, und so erscheint das Privateigentum, besser: privatrechtliche oder civilrechtliche Eigentum. Denken wir uns nun diese ganze civilrechtliche Rechtsordnung ausgeschlossen und an ihrer Stelle

---

[17] v. Stengel in Wörterbuch II S. 184 spricht sich sehr entschieden aus für eine Sonderung der öffentlichen Sachen von dem Verwaltungsvermögen. Der Grund, den er anführt, daſs jene der allgemeinen Benützung unterliegen, dieses nicht, wird allerdings nicht durchweg zutreffen (unten n. 2 u. 3). Aber gewiſs liegt ein richtiges Gefühl zu Grunde, wenn man davor zurückscheut, die öffentlichen Sachen überhaupt in irgend ein „Vermögen“ des Staates einzustellen. In diesem Sinn bildet auch O.V.G. 28. Febr. 1879 (Samml. II S. 19) den Gegensatz: „die Straſsen sind Eigentum, aber nicht Aktivvermögen“.

[18] Diese Formulierung von Merkel, Encyklopädie § 378, dürfen wir wohl einfach als die maſsgebende zur Grundlage nehmen. Auf Meinungsverschiedenheiten im Minderwesentlichen kommt es für unsern Zweck nicht an.

die Regeln des öffentlichen Rechts allein mafsgebend, so haben wir das öffentliche Eigentum, besser: öffentlichrechtliche Eigentum.

Über die Möglichkeit dieses öffentlichen Eigentums brauchen wir nicht zu streiten; denn es ist wirklich. Es giebt eine Reihe von Sachen, bei welchen die Beziehungen ihres Herrn als solchen zu Anderen grundsätzlich dem Civilrecht entzogen und in den eigentümlichen scharf ausgeprägten Formen des öffentlichen Rechts geordnet sind. Das ist's, was wir unter dem Namen öffentliches Eigentum darzustellen haben[19].

Aus den allgemeinen Grundlagen des Verwaltungsrechts ergiebt sich aber auch, wann eine öffentliche Sache dieser Art vorliegt. Die Regeln für die Ausscheidung des Civilrechts und des öffentlichen Rechts, wie wir sie Bd. I § 11, II aufgestellt haben, liefern den Mafsstab.

Die Willensmacht des Staates, wo sie erscheint, wird nach öffentlichem Rechte beurteilt, sofern sie nicht ausnahmsweise der Anwendbarkeit des Civilrechts unterliegt. Das Letztere ist aber der Fall, so oft der Staat in eine privatwirtschaftliche Stellung sich begiebt, wo er dem Einzelnen naturgemäfs auf demselben Boden, als Gleicher dem Gleichen, gegenübersteht (Bd. I S. 138).

Legen wir diesen Mafsstab an, so werden wir hier, wo es sich um Herrschaft über eine körperliche Sache handelt, regelmäfsig die Voraussetzung erfüllt finden, unter welcher die Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Unterthan civilrechtlich beurteilt werden müssen; die Regel dreht sich thatsächlich hier um. Denn die Herrschaft über eine körperliche Sache unterscheidet sich, für sich betrachtet, in nichts von dem, was auch im wirtschaftlichen Leben der Einzelnen als solche erscheint.

Das gilt nicht blofs für den Fall, wo das ganze Unternehmen, welchem die Sache dient, dem privatwirtschaftlichen Betriebe angehört, wie z. B. Bewirtschaftung eines Landgutes, Verwaltung eines Zinshauses. Auch, wo das Grundstück als „Verwaltungsvermögen“ zu den Zwecken eines öffentlichen Unternehmens benützt wird, greift für die Stellung des Staates als Herrn des Grundstückes nicht schon von selbst eine andere Auffassung Platz. Er besitzt z. B. Militärschiefs-

---

19 Diese Darstellung wird dann auch die Widerlegung bilden von Jellineks a priori deduzierter „Unhaltbarkeit der Idee eines öffentlichen Sachenrechts“ (subj. öff. Rechte S. 72). Jellinek meint das allerdings selbst in einem engern Sinn, als der Wortlaut bedeuten würde; er will nur für unmöglich erklären: subjektive öffentliche Rechte der Einzelnen von dinglicher Natur; aber auch solche bejahen wir. Wenigstens sind es subjektive Rechte von derselben Güte, wie sie Jellinek sonst anerkennt.

plätze, Schulgebäude, Gefängnisse. Was unter Benutzung dieser Sachen geschieht, ist allerdings wesentlich öffentliche Verwaltung, herausgehoben aus der Privatwirtschaft und dem öffentlichen Rechte zugehörig. Aber deshalb wird nicht jede Lebensäufserung, die irgendwie damit zusammenhängt, als Stück der öffentlichen Verwaltung selbst nach öffentlichem Rechte zu beurteilen sein. Namentlich wenn es sich erst um die Beschaffung und Bereithaltung der Mittel handelt, welche dieser öffentlichen Verwaltung dienen sollen, wird es immer darauf ankommen, wohin diese Thätigkeiten, für sich betrachtet, gehören. Ein Lieferungsvertrag für Gefängnisbedürfnisse und ein Mietvertrag oder Kaufvertrag für Schulräume sind zweifellos privatwirtschaftlicher und civilrechtlicher Natur. Geradeso wird auch die Herrschaft des Staates über die erworbenen und solchen öffentlichen Unternehmungen als Mittel dienenden Sachen durch diesen äufserlichen Zusammenhang nichts anderes: das Unternehmen selbst gehört der öffentlichen Verwaltung an, die Bereitung des Mittels dazu ist, für sich betrachtet, privatwirtschaftlicher Natur, und der Staat in der Stellung des Eigentümers davon, sofern er erwirbt, veräufsert, verliert, besitzt, belastet wird und seine Rechte wahrt, nach Civilrecht zu beurteilen: mit anderen Worten das Eigentum bleibt civilrechtlich.

Diese zum Civilrecht hinziehende Natur der Sachbeherrschung mufs also aufgehoben werden, wenn ein öffentlichrechtliches Eigentum denkbar sein soll. Wie kann das geschehen? Nur so, dafs die öffentliche Verwaltung, als solche erkennbar, mit der Sachbeherrschung sich verbindet, die Sachbeherrschung, statt der öffentlichen Verwaltung als Mittel zu dienen, selbst öffentliche Verwaltung vorstellt. Man drückt das auch so aus: die Sache müsse einem öffentlichen Zwecke unmittelbar dienen, durch ihre Beschaffenheit, ihre blofse Existenz den öffentlichen Zweck erfüllen. Oder man hält sich an das sicherste und wichtigste Beispiel, in welchem solche öffentliche Verwaltung unmittelbar durch die Sache erscheint, an den Gemeingebrauch, und giebt diesen als das entscheidende Merkmal.

Wo das zutrifft, wo also der Staat durch die Sache verwaltet, den öffentlichen Zweck unmittelbar durch ihre Beschaffenheit und Gestalt erfüllt, da wird er auch in seiner Rolle als Beherrscher derselben für diesen Zweck dem Civilrecht nicht mehr unterworfen sein; dieses Beherrschen selbst ist dann nicht privatwirtschaftlicher Art mehr, und die von da aus sich ergebenden Beziehungen zu den Einzelnen regeln sich nach öffentlichem Rechte. Die öffentliche Sache erscheint.

III. Was wir hier aufstellen, ist nur die Rechtsidee der öffentlichen Sache. Kein Gesetz hat je ausgesprochen: die rechtliche Herr-

schaft über eine Sache ist nach öffentlichem Recht zu beurteilen, wenn sie unmittelbar öffentliche Verwaltung vorstellt. Es besteht überhaupt kein allgemeiner Rechtssatz dieses Inhalts. Bestünde er, so könnte er doch nur dadurch zur Anwendung gebracht werden, dafs ihm aus den Anschauungen der Zeit die nötige Bestimmtheit gegeben würde. Denn wann ist die Sache der Art, dafs durch sie unmittelbar der öffentliche Zweck erfüllt, öffentliche Verwaltung geführt wird? Die jeweils herrschende Anschauung und schliefslich das Meinen des Einzelnen könnte da die Grenze sehr verschieden ziehen.

Im geltenden Rechte finden wir aber eine Reihe von Sachen als öffentliche anerkannt mit der Wirkung, dafs die rechtliche Herrschaft über sie dem Civilrecht entzogen und nach öffentlichem Rechte beurteilt ist. Die Zuteilung zu dieser Klasse beruht zum Teil auf Aufzählungsversuchen unserer Gesetzbücher, die überall unvollkommen genug ausgefallen sind (vgl. oben Note 9). Die Rechtsübung hat Ergänzungen dazu geliefert und Einschränkungen gemacht. Einflüsse der geschichtlichen Vorstufen wirken dabei mit. Die Allmend, die römischen res publicae, die res sacrae des kanonischen Rechts haben Beiträge geliefert. Die Anwendungsfälle des Begriffes der öffentlichen Sachen, wie sie im geltenden Recht sich darstellen, sind etwas geschichtlich Gewordenes, Gegebenes; die Rechtswissenschaft hat sie wieder nur zu beobachten und festzustellen. Durch eine einfache Subsumtion unter die theoretischen Formeln sind sie nicht zu gewinnen. Wir müssen uns wieder bei dem Standpunkte bescheiden, der für die Ausscheidung unserer Rechtsinstitute vom Civilrecht überhaupt gilt (oben Bd. I S. 139).

Aber jene Rechtsidee ist der rote Faden, der durch diese Anwendungsfälle sich hindurchzieht. Sie wahren alle den Zusammenhang mit ihr, wenn auch manchmal blofs durch Vermittlung einer früheren Auffassung von der Bedeutung der Sache. Der Rechtsidee nach Gleichwertiges, das neu auftritt, wird ohne formelle Rechtsgrundlagen in die nächsten verwandten Rubriken untergebracht; das Gesetz selbst wird aus ihr von der Rechtsübung ergänzt. Umgekehrt werden einzelne Anwendungsfälle, für die ein Zusammenhang mit ihr in keiner Weise mehr festzustellen ist, im geltenden Rechte abgestofsen, manchmal selbst entgegen dem ausdrücklichen Wortlaute des Gesetzes[20].

---

[20] Ein auffallendes Beispiel bietet das Schicksal der Aufzählung der öffentlichen Sachen in cod. civ. 537. Dort werden mit der technischen Bezeichnung für das öffentliche Eigentum, domaine public, neben Strafsen, Strömen u. s. w. auch aufgeführt: der Grund und Boden verlassener Festungswerke, die vakanten Güter,

So leuchtet auch aus der scheinbar zufälligen Anhäufung von Stoff schliefslich doch wieder die innere Einheit des Rechtsinstituts hervor und sein grofser Zusammenhang mit dem Ganzen des Verwaltungsrechts. —

Die einzelnen Anwendungsfälle des Begriffs der öffentlichen Sache gliedern sich übersichtlich in folgenden Gruppen.

1. An der Spitze stehen nach allgemeiner Auffassung diejenigen Sachen, welche bestimmt sind, dem Gemeingebrauch, dem usus publicus, zu dienen. Wir sehen dies ja sogar dahin übertrieben, dafs der Gemeingebrauch als wesentliches Begriffsmerkmal alles öffentlichen Eigenthums bezeichnet wird, wenn man ihn nicht etwa geradezu zum eigentlichen Herrn dieser Sachen macht[21].

In Wahrheit ist er nur die unverkennbarste Art der Bekundung, dafs die Sache durch ihre Beschaffenheit geeignet ist, eine öffentliche Sache in dem festgestellten Begriffe zu sein. Der Eigentümer hat nichts zu thun, als sie dem Gemeingebrauch offen zu halten; dann dient sie diesem und damit dem öffentlichen Interesse von selbst, er aber übt durch sie unmittelbar die öffentliche Verwaltung, zu welcher er berufen ist[22].

Wege, Plätze, Brücken, öffentliche Anlagen, öffentliche Flüsse, Schiffahrtskanäle bilden demgemäfs die Hauptfälle des öffentlichen Eigentums.

2. Die selbständige Bedeutung der Sache für die öffentlichen Interessen kann aber auch dann noch genügend in den Vordergrund treten, wenn eine amtliche Thätigkeit dazwischen kommt, um ihre Leistung jedesmal zugänglich zu machen und zu vermitteln. Die Grenze wird da allerdings im voraus schwerer zu ziehen sein. Der eigentliche usus publicus ist jedenfalls bei dieser Art der Leistung nicht mehr gegeben.

Solche vermittelnde Thätigkeit erscheint in geringem Mafse schon bei den oben erwähnten Schiffahrtskanälen, insofern die Schleusenbedienung sie erst benutzbar macht. Das thut der Natur der öffentlichen Sache noch keinen Eintrag. Auch der usus publicus ist hier doch nur stellenweise unterbrochen.

Aber auch der Bahnkörper der Eisenbahn wird zum öffent-

---

die Anschwemmungen des Meeres. Die Wissenschaft und Rechtsprechung läfst das als eine „confusion" des Gesetzgebers einfach nicht gelten und behandelt diese Sachen als civilrechtliches Eigentum des Staates; Demolombe, cours de code Nap. IX n. 458; Theorie des Franz. V.R. S. 227.

[21] Vgl. oben Note 4 u. 8.

[22] Vgl. die ausführliche Lehre vom Gemeingebrauch unten § 37.

lichen Eigentum gerechnet. Man betrachtet ihn als öffentlichen Verkehrsweg und findet damit die Anknüpfung an die gesetzlichen Bestimmungen. Dieser Verkehrsweg hat freilich das Besondere, dafs niemand ihn benützen kann anders als in den dazu gestellten Transportmitteln und unter Leitung der damit betrauten Beamten und Angestellten. Der Bahnkörper leistet seine Dienste als öffentlicher Verkehrsweg durch diese Vermittlung, — zur Not kann man es so auffassen — aber niemals leistet er sie dem selbst zugreifenden Gemeingebrauch. Was dem Publikum unmittelbar geöffnet ist, das sind die Eisenbahnwagen, aber diese durchaus nicht nach Gemeingebrauch und nicht als öffentliches Eigentum, so wenig wie der Eilwagen, der auf der Landstrafse dahin rollt[23].

Ähnlich ist das rechtliche Verhältnis bei den Kirchhöfen. Sie sind öffentliches Eigentum der Gemeinden oder Kirchengesellschaften, gleichviel; die Beschränkung auf eine bestimmte Glaubensgenossenschaft ändert nichts daran. Sie sind es aber nicht als Verkehrsplätze; der Zutritt, den sie den Besuchern gestatten, ist doch blofs nebensächlicher Natur und auch nur in beschränkter Weise verstattet. Der Hauptdienst, den sie leisten, ist der als Ruhestätte der Toten, im öffentlichen Interesse der Gesundheit der Lebenden und des religiösen Gefühles. Als solche Ruhestätte können sie aber keineswegs nach den Regeln des usus publicus benützt werden. Niemand darf dafür an den Kirchhof rühren als der amtliche Totengräber; durch dessen Vermittlung bietet er den vielen Einzelnen die Beerdigungsplätze für

---

[23] Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 107, will die Staatseisenbahnen als res publicae behandeln, weil „die Benützung jedem Zahlung anbietenden Reisenden gewährt werden mufs". Das Fahrgeld stehe dem Chausseegeld gleich. Dabei sind aber offenbar die Eisenbahnwagen mit dem Bahnkörper verwechselt. — v. Stengel in Wörterbuch II S. 184 versagt umgekehrt dem Bahnkörper die Eigenschaft als öffentliche Sache, „da nicht jedermann den Bahnkörper für sich benützen kann, sondern für die Bahnverwaltung nur die Verpflichtung besteht, mit jedem, der es verlangt, Verträge über Beförderung zu schliefsen." Das ist ein guter Grund, um das Vorhandensein eines usus publicus zu verneinen; ein Grund gegen die Eigenschaft als öffentliche Sache wäre es nur dann, wenn zu dieser unbedingt usus publicus gehörte. Das ist aber nicht der Fall. — Für eine res extra commercium erklärt den Bahnkörper R.G. 4. Okt. 1881 (Samml. V S. 333). Anderer Meinung vielleicht R.G. 20. Mai 1887 (Samml. XVIII S. 341): es handle sich da nur um „eine durch den thatsächlichen Zustand bedingte Beschränkung der Verkehrsfähigkeit". Genau betrachtet könnte das doch eine öffentliche Sache bedeuten sollen. O.V.G. 8. Mai 1884 erklärt den Eisenbahnkörper für „eine öffentliche Strafse in gewissem Sinne"; nur sei diese Strafse besonderer Art.

ihre Angehörigen. Römischrechtliche und kirchenrechtliche Anschauungen spielen mit hinein, wenn er um dieser Leistung willen als öffentliches Eigentum angesehen wird [24].

3. Es giebt endlich öffentliche Sachen, welche den Einzelnen überhaupt keine Dienste leisten, nicht einmal durch die Vermittlung einer amtlichen Thätigkeit; die unmittelbare Verwirklichung des öffentlichen Zweckes ist auch ohne Vorteile der Einzelnen möglich und sie genügt. Dahin gehören vor allem die Festungswerke. Hier ist es wieder die Sache, welche durch ihre Beschaffenheit das öffentliche Interesse selbständig befriedigt, den Schutz der befestigten Stadt, die Sperrung des Passes. Diese Selbständigkeit der Leistung trat allerdings bei der früheren Bauart und auf dem früheren Stande der Kriegskunst ungleich deutlicher hervor als in unseren Tagen. Jetzt würden wir das Festungswerk vielleicht eher als ein Mittel betrachten, welches die Wirksamkeit unserer bewaffneten Macht zu unterstützen geeignet ist; als solches gehörte es zum Verwaltungsvermögen, aber nicht zu den öffentlichen Sachen (oben Note 17). Aber die einmal gewonnene Auffassung hat sich rechtlich festgesetzt und ist stehen geblieben, auch wo sie nicht die Stütze einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung fand. Der Widerspruch mit der Rechtsidee ist immerhin noch nicht grell genug, um das Herkommen zu zerbrechen. Der Gemeingebrauch gehört selbstverständlich zum Wesen dieser öffentlichen Sache nicht; er widerspricht sogar geradezu ihrer Hauptaufgabe; nur nebensächlich kann etwas derartiges möglicherweise an einzelnen Teilen geduldet

---

[24] Bei dem Kirchhof, wie bei den Kirchengebäuden (im Text unten n. 3), haben kirchliche und kirchenrechtliche Ideen mächtig mitgewirkt, um ihre Anerkennung als öffentliche Sache auch im weltlichen Rechte zu vermitteln. Dafs diese auf einen usus publicus nicht gegründet werden kann, ist sicher. Windscheid, Pand. § 147: „Die Eigenschaft dem Verkehr entzogen zu sein, ist aber keine ausschliefsliche Eigenschaft der für den gemeinen Gebrauch bestimmten Sachen. Sie zeigt sich namentlich auch bei den für den Gottesdienst geweihten Sachen und den Begräbnisplätzen (res sacrae, fundus religiosus).“ Die Civilrechtswissenschaft sieht am Gemeindekirchhofe natürlich nur, dafs er ihr nicht gehört, ihren Regeln nicht unterliegt und kann sich begnügen zu sagen, dafs er dem Verkehr entzogen ist; wir sehen die Sache von innen an und erkennen da das öffentliche Eigentum der Gemeinde. — Foerster-Eccius, Preufs. Priv.R. I S. 110, unterscheidet zweierlei verkehrslose Sachen: solche, die „wegen ihres allgemeinen Gebrauchszweckes der Staat für sich in Anspruch genommen“ und diejenigen, „welche dem Gebrauch im Dienste der Religion gewidmet sind (res sacrae, res sanctae)“. Der Gebrauch der letzteren ist offenbar kein „allgemeiner Gebrauchszweck“, kein usus publicus. Die Idee, dafs der Kirchhof dem Dienst der Religion gewidmet sei, ist aber auch recht unzureichend. — Vgl. auch O.Tr. 23. Jan. 1855 (Str. 16 S. 210).

werden, aber auch dann ist es eine Gebrauchserlaubnis und kein usus publicus (unten § 38, I)[25].

Wir haben dem an die Seite zu stellen die Kirchengebäude der anerkannten Religionsgesellschaften; sie sind öffentliches Eigentum der Religionsgesellschaft oder des Staates oder der politischen Gemeinde. — Damit hat es aber seine besondere Bewandtnis.

Das kanonische Recht hat für diese Gebäude als heilige Sachen eine besondere Rechtsstellung geschaffen. Der Staat, indem er seine selbständige Rechtsordnung ausbildet, kann ein derartiges heiliges Recht nicht einfach übernehmen; das giebt es bei ihm nicht. Er kommt aber der Kirche entgegen, indem er möglichst in seinen eigenen Formen zum Ausdruck bringt, was dem Erfolg nach damit gewollt ist: dazu dient in weiterem Umfang die besondere Befriedung solcher Sachen durch verstärkten Strafschutz; für Kirchengebäude aber insbesondere noch ihre Anerkennung als öffentliche Sachen.

Diese Anerkennung ist teilweise durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung erfolgt, sie besteht aber auch ohne solche afs geltendes Recht. Die Vermittlung wird man vergeblich suchen in einem usus publicus, dem die Kirchengebäude unterliegen. Sie stehen ja in gewissem Mafse dem freien Zutritt offen. Aber das ist auch beim

[25] Jhering, um seine Auffassung vom öffentlichen Eigentum zu halten, mufs natürlich auch an den Festungswerken so etwas wie einen usus publicus zu retten suchen. Er thut das in etwas schüchterner Weise, indem er (Verm. Schriften S. 152) die Festungswerke bezeichnet als „Schutzanstalten, welche nicht dem Staat, sondern den Individuen zu gute kommen“. Das ist aber erstens nicht wahr, und zweitens, wenn es wahr wäre, gäbe es doch keinen usus publicus. — Die Schwierigkeit, welche die Festungswerke der Lehre von der ausschliefslichen Bedeutung des Gemeingebrauchs für das öffentliche Eigentum bieten, wird übrigens von den Anhängern dieser Lehre fast immer durch solche verschwommene Redensarten umgangen. So z. B. auch Wappäus a. a. O. S. 107: Die Festungswerke sind öffentliche Sachen, weil sie „als Schutzmittel gegen äufsere Feinde mittelbar dem öffentlichen Nutzen dienstbar sind“. Das Kennzeichen der öffentlichen Sache hatte er eben erst ein für alle Mal festgestellt als die „Bestimmung zum öffentlichen allgemeinen bestimmungsmäfsigen Gebrauch aller Staats- resp. Gemeindeangehörigen, dann aber auch aller Fremden“ (S. 106). Namentlich der bestimmungsgemäfse Gebrauch der Festungswerke durch „alle Fremden“ möchte sich gut ausnehmen. — Kappeler, Öff. Wasserlauf S. 41, meint: Festungswerke müfsten zu den res publicae s. s. gehören; „denn in hohem Grade dienen gerade sie, wenn nicht der öffentlichen Benutzung, so doch dem öffentlichen Nutzen“. Vorher hatte auch er die res publicae s. s. abgegrenzt als „nur diejenigen Sachen, welche dem usus publicus, d. h. dem öffentlichen Gebrauch, besonders der Staatsangehörigen dienen“ (S. 2); jetzt wird dieses entscheidende Merkmal mit einem harmlosen „wenn nicht“ bei Seite geschoben.

Gerichtsgebäude der Fall, das doch zweifellos nicht öffentliches Eigentum ist. Nach weltlichem Mafsstabe betrachtet, würde die Kirche wie dieses dem öffentlichem Zwecke nur mittelbar dienen, indem sie den gottesdienstlichen Verrichtungen, die die Hauptsache sind, Obdach gewährt. Allein hier wird eben die kirchliche Anschauungsweise von der Besonderheit der res sacra wirksam, die der Staat soweit gelten läfst.

Die geweihte Sache soll ja kein blofses Mittel des Gottesdienstes sein; sie hat nach kirchlicher Lehre selbst eine heiligende Kraft, im Kirchengebäude zumal, dem Gotteshause, verkörpert sich schon ein Stück Gottesdienst. Ins Weltliche übersetzt, giebt das in der That die Rechtsidee der öffentlichen Sache wieder. Dafs diese Auffassung für den evangelischen Standpunkt nicht zutrifft, ist kein Hindernis; die katholischen Ideen haben in diesen Dingen unverkennbar die Führung [26]. —

Mit dieser Aufzählung ist der Kreis der öffentlichen Sachen nicht geschlossen. Es können unter Umständen noch mancherlei Arten von Anstalten und Einrichtungen auftauchen, an welchen im geltenden Recht die Voraussetzungen öffentlicher Sachen anerkannt werden. So die öffentlichen Abzugskanäle, auch wenn sie nicht schon als Stück der öffentlichen Strafse sich darstellen [27]. Ferner sehen wir Gemeindebrunnen [28], wohl mit unter der Nachwirkung der alten Allmendnatur, in dieser Weise behandelt. In demselben Gedankengange wie die Festungswerke werden auch Schutzdeiche und Überschwemmungsdämme zu den öffentlichen Sachen gerechnet [29].

Im allgemeinen mufs man vorsichtig sein mit der weiteren Ausdehnung. Namentlich darf man nicht, um neue Anwendungsfälle des Begriffes der öffentlichen Sache zu gewinnen, den Begriff des Gemeingebrauchs verunstalten und einen solchen überall finden wollen, wo Sachen den vielen Einzelnen oder auch einer Verwaltungsthätigkeit irgendwie nützlich werden. Es ist kein Gemeingebrauch, wenn Kunst-

---

[26] Die res sacrae und sanctae des kirchlichen Rechts haben in unserem weltlichen Recht als allgemeines Merkmal nur den bevorzugten strafrechtlichen Schutz gegen Verletzung (Meurer, Heilige Sachen I S. 160 ff.); das genügt natürlich nicht, um die rechtliche Eigentümlichkeit gerade der Kirchengebäude zu kennzeichnen; bei diesen ist es mehr. — Ausführlich behandelt die Frage Wappäus a. a. O. S. 49 ff. Vgl. auch Hinschius, Kirchenrecht IV S. 141 ff.

[27] R.G. 10. Jan. 1883 (Samml. VIII, S. 152).

[28] Wappäus a. a. O. S. 107. Bayr. Ob. Gerichtshof v. 23. März 1863 erklärt einen Gemeindebrunnen, so lange er dem öffentlichen Bedürfnis der Gemeinde dient, für eine dem Privatrechtsverkehr entzogene Sache.

[29] Jhering, Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt. S. 44.

werke und unterrichtende Gegenstände der Beschauung durch das Publikum zugänglich gemacht sind, oder Bücher aus der Bibliothek verliehen werden. Das Gebäude selbst, das diese Fahrnis verwahrt, unterliegt keinem Gemeingebrauch, wenn es auch zu bestimmten Zeiten dem allgemeinen Zutritt geöffnet wird. Noch weniger genügt es natürlich, dafs das Gebäude dem Dienste einer öffentlichen Anstalt, der Thätigkeit einer Behörde Unterkunft gewährt; es wird dadurch nur Mittel der öffentlichen Verwaltung, nicht selbst ihre Verkörperung[30].

Fahrnisgegenstände und Gebäude, diese mit Ausnahme der Kirchengebäude, erscheinen überhaupt durchweg nicht als öffentliche Sachen. Wenn man sie so nennt, so hält diese Behauptung doch niemals die Probe aus: sie werden in Wahrheit nicht nach öffentlichem Recht, sondern nach dem gewöhnlichen Civilrecht behandelt, vielleicht hier und da nach einem etwas veränderten Civilrecht. Die Titulatur hat keinen Zweck[31].

---

[30] Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand., Buch 43 u. 44, 1, S. 115 ff. rechnet eine Reihe von öffentlichen Gebäuden zu den öffentlichen Sachen, res publicae: Parlamentshäuser, Ministerial-, Verwaltungs-, Gerichts-Gebäude, Gefängnisse, Gasanstalten, elektrische Werke, Schlachthäuser, Markthallen. Nachdem er das gethan hat, glaubt er aus der rechtlichen Behandlung dieser Sachen nachweisen zu können, dafs der von uns behauptete Begriff eines öffentlichen, d. h. öffentlichrechtlichen Eigentums falsch ist. Werden denn nicht an Dienstgebäuden u. s. w. Mietsverträge, Verkäufe, Ersitzungen, kurz allerlei civilrechtliche Rechtsinstitute zur Anwendung gebracht? Die Anwendbarkeit dieser Rechtsinstitute, die wir gar nicht bestreiten, ist aber nur der Beweis, dafs Ubbelohdes Voraussetzung unrichtig ist, und dafs vielmehr alle diese Gebäude öffentliches Eigentum nicht sind. Ubbelohde steht unter dem Einflufs des römischen Rechts, das namentlich zur Zeit der Republik den Begriff der res publicae viel weiter ausdehnte und ausdehnen mufste. Nachdem wir einmal die umfassende Anwendbarkeit des Civilrechts auf den Staat anerkannt haben (Bd. I, § 4 Note 15, § 5 Note 2), müssen wir den Kreis viel enger ziehen. Ubbelohde freilich glaubt, nur nach dem Mafsstabe der Statthaftigkeit des Gemeingebrauchs den Umfang der öffentlichen Sache zu bestimmen. Damit zerstört er aber zugleich diesen Begriff des Gemeingebrauchs: von einem Gemeingebrauch an Ministerialgebäuden z. B., oder gar an Gefängnissen kann man doch nur sprechen, wenn man darauf verzichtet, irgend etwas bestimmtes damit sagen zu wollen.

Auch in der französischen Rechtswissenschaft war früher eine Strömung vorhanden, welche Dienstgebäude und Verwaltungsgebäude zum domaine public ziehen wollte. Seit Ducroqs trefflicher Abhandlung, des édifices publics, ist dort die Frage wohl endgültig erledigt.

[31] Wenigstens für unsere Frage ist sie gleichgültig. In anderer Beziehung können Sachen, namentlich Gebäude noch als „öffentliche“ unterschieden werden, um besondere rechtliche Bestimmungen daran zu knüpfen. So z. B. die Steuer-

IV. Wir haben nunmehr Begriff und Umfang der öffentlichen Sache festgestellt. Die Bedeutung der öffentlichen Sache besteht darin, dafs die rechtliche Herrschaft, in welcher sie steht, nach öffentlichem Rechte beurteilt wird. Diese Herrschaft steht immer einem Subjekte der öffentlichen Verwaltung zu. Das Subjekt selbst und seine Herrschaft können aber verschiedener Art sein. Dadurch ergeben sich auch Verschiedenheiten der Zugehörigkeit der öffentlichen Sache.

1. Die öffentliche Sache kann nur einem Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung zugehören. Daran erweist sich ihr Wesen, das ja eben darin besteht, dafs ihr Herr durch sie unmittelbar öffentliche Verwaltung führt.

Subjekt der öffentlichen Verwaltung ist aber nicht blofs der Staat; der Staat ist es in erster Linie und in vollem Umfange; dem entsprechend sind auch alle Arten von öffentlichen Sachen bei ihm zu finden.

An seiner Stelle sind aber Subjekte der öffentlichen Verwaltung vor allem auch die Selbstverwaltungskörper (unten § 55). Folglich können wir erwarten, dafs auch ein öffentliches Eigentum der Provinzen, Kreise, Gemeinden u. s. w. uns entgegentritt. In welchem Umfange das möglich ist, das hängt ab von dem Umfange des Selbstverwaltungsrechts: nur für Zwecke, die innerhalb der Grenzen desselben liegen, ist die Fähigkeit, öffentliche Verwaltung zu führen, gegeben und folglich die Möglichkeit öffentlichen Eigentums. Wir finden öffentliche Sachen der Gemeinden in Gestalt von Wegen, Brücken, Brunnen; aber nicht in Gestalt von Festungswerken oder öffentlichen Flüssen. Andere juristische Personen des öffentlichen Rechts haben wieder gar keine öffentlichen Sachen, weil Zwecke, die in solcher Form zu verfolgen wären, nicht in ihrem Selbstverwaltungsrechte liegen[32]. Die Religionsgesellschaften und die verschiedenen juristischen

---

freiheit der öffentlichen Gebäude nach Preufs. Gebäudesteuerges. vom 21. Mai 1861, § 3. Dabei handelt es sich aber eben nicht um eine sachenrechtliche Ordnung. — Auch privilegia fisci in Strafrechtsschutz, Ersitzung, Verfolgbarkeit beweglicher Sachen, namentlich solcher, die einem öffentlichen Zwecke dienen, wie die Bücher einer Bibliothek, die Stücke einer öffentlichen Sammlung, kommen vor. Das ist zum Teil sachenrechtlicher Art, aber dann nur besonderes Civilrecht und geht uns hier nichts an.

[32] Wappäus, Dem Rechtsverkehre entzogene Sachen S. 96, und Kappeler, Öff. Wasserlauf S. 24, S. 122, machen gegen Keller geltend: den Gemeinden könne nur ein civilrechtliches Eigentum an ihren öffentlichen Wegen zustehen, denn das, was Keller als die einzige Beherrschungsform der öffentlichen Sache hinstellt: Hoheitsrechte, das können sie nicht haben. „Wo steht ein solches geschrieben?"

Personen, die sich aus ihnen ergeben, werden staatlicherseits eingereiht sein in irgend eine Form der Selbstverwaltungskörper und demgemäfs fähig, öffentliche Sachen zu haben; dabei spielt allerdings die noch nicht ausgetragene Frage der Scheidung von Kirchenrecht und Verwaltungsrecht herein.

Öffentliche Verwaltung erscheint auch noch über die Selbstverwaltung hinaus; es kann ein Stück davon auch einem Unternehmer besonders übertragen sein, sei es eine juristische Person, Gesellschaft, oder ein Einzelner, zur Ausübung eigenen Namens. Die Form dafür giebt das Rechtsinstitut der Verleihung, wie wir es schon in der Lehre von der Enteignung kennen gelernt haben (oben § 33, II n. 2; vgl. auch unten §§ 49 u. 50). Insofern das öffentliche Unternehmen durch eine Sache unmittelbar seine Verwirklichung findet, liegen die Voraussetzungen des öffentlichen Eigentums auch hier vor. Öffentliche Chausseen, Brücken, Eisenbahnkörper müfsten auch als öffentliches Eigentum eines solchen Unternehmers angesehen werden. Diese Folgerung wird thatsächlich nicht immer gezogen. Das Verhältnis wird verschieden aufgefafst. Man sträubt sich dagegen, den Unternehmer als Eigentümer nach öffentlichem Recht anzuerkennen, läfst also entweder den Staat als den wahren Eigentümer gelten, der sein öffentliches Eigentum nur während der Dauer der Verleihung durch den Unternehmer ausübt, oder nimmt geradezu, mit einem Rückfalle in frühere Anschauungen, nur ein besonders geschütztes Privateigentum des Unternehmers an. Die Ausbildung unseres Rechts ist auch in diesem Punkte noch unfertig[33].

---

fragt Wappäus, „bis jetzt doch höchstens in Kellers Kopfe, nicht in der Wissenschaft des Staatsrechts, denn es würde einen Staat im Staate bedeuten". Mit den alten steifen Hoheitsrechten ist allerdings nichts anzufangen. Aber öffentliche Gewalt und öffentliche Verwaltung findet sich nicht beim Staat allein, sie steht auch der Gemeinde in gewissem Umfange zu. Und zwar steht das geschrieben im Rechte der Selbstverwaltung. — Auch Burkhard in Grünh. Zeitschr. 15, S. 634 ff. will den Begriff des öffentlichen Guts, öffentlichen Eigentums nur auf den Fall des Staatseigentums anwenden; den Strafsen, Plätzen, Brücken der Gemeinden versagt er den Namen, aber, nach seiner eigeren Darstellung, ohne einen sachlichen Gegensatz finden zu können (S. 63); also wohl auch ohne sachlichen Grund.

Die Abneigung gegen die Anerkennung des öffentlichen Eigentums der Gemeinde hängt wohl damit zusammen, dafs die Gemeinde häufig nicht in der Lage ist, die Polizei ihres öffentlichen Eigentums unmittelbar selbst auszuüben, sondern dazu der Mitwirkung einer zuständigen Staatsbehörde bedarf; das ändert aber das öffentliche Eigentum selbst keineswegs (vgl. unter § 36, II Note 8).

[33] Auf die Verschiedenheiten in der Auffassung des Rechts am Eisenbahn-

2. Die **Herrschaft**, welche diesem Rechtssubjekte der öffentlichen Verwaltung über die ihm zugehörige Sache zusteht, kann eine verschiedene sein nach dem **Umfange, in welchem sie die Sache rechtlich erfafst.**

Die Zugehörigkeit der Sache an die öffentliche Verwaltung kann eine blofs thatsächliche sein, ein **Besitz**. Ein solcher Besitz knüpft sich von selbst an die äufserliche Thatsache, dafs die Sache durch ihre Beschaffenheit dem entsprechenden öffentlichen Zwecke dient. Die Verwaltung wird mit den ihr zu Gebote stehenden Machtmitteln diesen Zustand aufrecht erhalten und, wenn er zerstört wird, wieder herstellen; sie erhält dadurch sich im Besitz (darüber unten in der Lehre von der Polizei der öffentlichen Sachen § 36, II n. 1). Für diesen Besitz kann ein Recht an der Sache die Grundlage abgeben. Der Besitz der Verwaltung kann sich aber auch selbständig für sich allein behaupten ohne Zusammenhang mit einem Recht an der Sache, ja sogar im Gegensatze zu einem offenbaren Rechte an der Sache, welches einem andern zusteht. Das ist die Bedeutung des **öffentlichrechtlichen Besitzes**, davon wir das Nähere in der Lehre von den öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen vorzutragen haben (unten § 41, I).

Es kann auch zu Gunsten der Verwaltung, des Staates oder wer an seiner Stelle steht, ein beschränktes Recht an der Sache begründet sein, durch welches das Recht des Eigentümers zurückgedrängt wird. Dieses Recht hat die Natur eines jus in re aliena, einer Dienstbarkeit, mit dem Inhalt, dafs der Gebrauch der Sache für den öffentlichen Zweck geduldet werden mufs. Indem die als Dienstbarkeit erscheinende Herrschaft über die Sache unmittelbar dem öffentlichen Zwecke dient, wird sie zur **öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit**, von deren Recht hier noch nicht zu handeln ist (vgl. darüber unten § 40).

Das Letzte und Äufserste ist, dafs die rechtliche Herrschaft des Subjektes der öffentlichen Verwaltung die Sache umfassend und ausschliefsend ergreift, so dafs ein Rest von fremdem Eigentum nicht übrig bleibt. Der Staat ist der Eigentümer der Sache und verfolgt mit dieser seiner Macht darüber unmittelbar den öffentlichen Zweck. Das ist der Fall des **öffentlichen Eigentums**.

---

körper wird hingewiesen von **Meili**, Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten, S. 40; freilich nur recht allgemein.

§ 36.

Fortsetzung; die Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums.

In Gemäfsheit des aufgestellten Begriffs des öffentlichen Eigentums entfaltet sich nun die Rechtsordnung, die es umgiebt, im einzelnen. Anfang und Ende seiner Wirksamkeit und worin diese selbst sich äufsert, ist danach zu bestimmen.

I. Die Entstehung des öffentlichen Eigentums, d. h. der Beginn des rechtlichen Zustandes, den wir so nennen, tritt ein mit dem Augenblick, in welchem seine begriffsgemäfsen Voraussetzungen erfüllt sind: Eigentum und öffentliche Verwaltung durch die damit beherrschte Sache müssen zusammentreffen.

1. Die eine Voraussetzung ist, dafs eine öffentliche Sache vorliege, eine Sache, durch welche das Rechtssubjekt, dem sie zugehört, öffentliche Verwaltung führt, einen bestimmten öffentlichen Zweck unmittelbar verwirklicht.

Dazu ist erforderlich, dafs die Sache selbst die entsprechende äufserliche Beschaffenheit habe, von Natur oder durch Bearbeitung, und sodann, dafs ihr Herr sie thatsächlich für diesen Zweck verwende. Der Zeitpunkt der Entstehung der öffentlichen Sache ist da, wo diese Indienststellung der Sache erfolgt.

Zu dieser Indienststellung genügt also nicht eine darauf gerichtete Willenserklärung des Herrn der Sache. Das ist wirkungslos, wenn die Sache thatsächlich noch nicht zu seiner Verfügung steht, er also noch nicht Herr der Sache in diesem Sinne ist, und ebenso wenn sie noch die nötige Beschaffenheit nicht hat, um ihren Dienst zu leisten; es wäre unter diesen Umständen nur die Äufserung einer Absicht anzunehmen bezüglich dessen, was künftig geschehen soll [1].

Andererseits ist aber auch die volle Geeignetheit der Sache und ihre thatsächliche Dienstleistung für den Zweck nicht genügend, selbst dann nicht, wenn sie einem zu öffentlicher Verwaltung befähigten Rechtssubjekte zugehört. Es mufs mit dem Willen ihres Herrn geschehen, dafs sie dem öffentlichen Zwecke dient; nur dann trifft das zu, was wir als das Wesen der öffentlichen Sache erkannt haben: dafs öffentliche Verwaltung durch sie geführt wird [2].

---

[1] In diesem Sinne O.Tr. 12. Nov. 1867 (Str. 69, S. 73): die Bestimmung zum Gottesdienste macht das Gebäude nicht zur res sacra, es mufs auch die thatsächliche Verwendung hinzutreten.

[2] O.V.G. 20. Febr. 1889 (Samml. XVIII, S. 321): ein Weg wird nicht öffentlich lediglich durch die Thatsache seiner Unentbehrlichkeit und seiner allgemeinen

Die Erscheinung dieses Willens, durch welchen bei gegebenen thatsächlichen Voraussetzungen die Sache in Dienst gestellt und zur öffentlichen Sache wird, nennen wir die Widmung derselben. Die Widmung ist eine Willensäufserung, die dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung angehört; aber sie ist kein Verwaltungsakt. Sie bestimmt kein Verhältnis des Unterthanen zur öffentlichen Gewalt; sie schafft Voraussetzungen für solche Verhältnisse. Das thut ähnlich auch die civilrechtliche Verfügung des Eigentümers über seine Sache. Aber so wenig diese ein Rechtsgeschäft ist, so wenig ist die Widmung ein Verwaltungsakt[8].

Die Widmung kann in verschiedener Form erscheinen.

Sie kann als selbständiger Akt vorgenommen werden nach Vollendung der nötigen Arbeiten zur Herrichtung der Sache. Das wird namentlich dann der Fall sein, wenn die Sache ihren öffentlichen Zweck in der Weise zu erfüllen hat, dafs sie dem Publikum zur Be-

---

Benützung. Es mufs das rechtliche Moment hinzutreten, dafs er dem Verkehr kraft Privatrechts nicht entzogen werden kann, dafs er demselben unter ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung der Wegepolizei gewidmet ist.

[8] Dafs zur Fertigstellung des rechtlichen Daseins der öffentlichen Sache regelmäfsig eine darauf gerichtete Willensäufserung der Verwaltung gehört, wird nicht leicht verkannt. Es ist eher der entgegengesetzte Fehler, gegen welchen wir uns zu verwahren haben: man sucht zu viel in dieser Willensäufserung; es soll ein förmlicher obrigkeitlicher Akt daraus gemacht werden mit eigentümlichen Rechtswirkungen. Das geschieht in verschiedener Weise. Die alte Fiskustheorie hatte es am einfachsten. Sie denkt sich die Sache natürlich so: der Staat, vertreten durch die Wegepolizeibehörde, befiehlt dem Fiskus, vertreten durch die Strafsenbauverwaltung, den Weg zu bauen und in Dienst zu stellen, damit er dem öffentlichen Zwecke, hier also vor allem dem Gemeingebrauch gewidmet sei; da hätten wir freilich einen echten Verwaltungsakt, aber man braucht eben diesen besondern Fiskus dazu. Neuerdings will man „eine Erklärung der Öffentlichkeit“ oder „Verleihung der Eigenschaft der öffentlichen Sache“ daraus machen, die die Wirkung hat, den Gemeingebrauch zu begründen. So v. Stengel, V.R. S. 53. Noch deutlicher Brinz, Pand. § 128, der unsere Widmung mit Rücksicht auf den dadurch begründeten Gemeingebrauch geradezu, „eine Art öffentlicher Stiftung“ nennt. Mit dem Gemeingebrauch verhält es sich allerdings anders; der wird nicht „gestiftet“: siehe unten § 37. Jedenfalls pafst die ganze Auffassung der Bedeutung dieser „Erklärung der Öffentlichkeit“ nicht auf die vollkommen gleichwertigen öffentlichen Sachen, die nicht in Gemeingebrauch kommen. Eisele, Rechtsverh. der res publicae S. 35, löst diesen unrichtigen Zusammenhang mit dem Gemeingebrauch; er sieht in der publicatio einen formell wirksamen Akt, der der Sache die öffentlichrechtliche Natur giebt; und zwar thut er dies vermöge eines eigentümlichen der Verwaltung zustehenden jus publicandi, das ein „schöpferisches Recht“ vorstellt. Folgerichtig erklärt es Eisele für nicht nötig, dafs die Sache auch schon zugerichtet und fähig sei, dem öffentlichen Zweck zu dienen, der Beschlufs genüge (a. a. O. S. 33, Anm. 2). Das entspricht aber nicht der Wirklichkeit (oben Note 1).

nutzung offen steht durch Gemeingebrauch oder freien Eintritt, ohne weitere Vermittlung der Angestellten des Unternehmens. Die Eröffnung der Sache für das Publikum bedeutet alsdann ihre Indienststellung, die Widmung. Beispiele geben die öffentlichen Strafsen, die Brücken, die Kirchengebäude. Die Widmung kann dabei mit mehr oder weniger Feierlichkeit ausdrücklich ausgesprochen werden. Sie kann auch minder feierlich geschehen dadurch, dafs bis dahin Verbote des Zutritts und der Benützung aufgestellt waren durch Anschläge und Warnungszeichen und nunmehr diese Verbote beseitigt werden. In diesem Augenblicke vollzieht sich der Umschlag: die Sache wird eine öffentliche, das schon vorhandene Eigentum des Staates oder der Gemeinde daran, das bisher civilrechtlich zu beurteilen war, wird öffentliches Eigentum[4].

In anderen Fällen wird der Indienststellungswille erkennbar durch die thatsächlichen Veranstaltungen, welche die Verwaltung selbst mit der Sache vornimmt. So bei Sachen, welche durch ihre Herrichtung den öffentlichen Zweck erfüllen, ohne vom Publikum benutzt zu werden: mit der Vollendung der wesentlichen Herstellungsarbeiten ist die Widmung verbunden. Das wird z. B. der Fall sein bei Festungswerken. Bei anderen Sachen, welche ihre Dienste leisten durch Vermittlung von Beamten und Angestellten des Unternehmens, liegt die Widmung in dem dienstlich angeordneten Beginne des Betriebes. So beim Kirchhof, beim Eisenbahnkörper, wohl auch beim Schleusenkanal. Hier kann ebenfalls eine „Eröffnungsfeierlichkeit“ vor sich gehen, aber die öffentliche Sache wird hier fertig nicht durch diese Eröffnungserklärung, sondern durch die Inbetriebnahme[5].

---

[4] v. Stengel, V.R. S. 53 u. 54, stellt seinerseits drei Arten von „Erklärung der Öffentlichkeit“ auf, welche unseren Erscheinungsformen der Widmung einigermafsen entsprechen. Nur erhalten, seiner Grundanschauung gemäfs (vgl. vor. Note), alle diese Arten die Natur von rechtsbegründenden Akten, statt blofser Willensäufserungen über die der Sache zu gebende Bestimmung, und sind gestaltet als Erwerbstitel: Gesetz, Verwaltungsakt, Ersitzung. Unserem Fall der ausdrücklichen Widmung, der rechtlich von den anderen gar nicht verschieden ist, entspricht bei ihm die Rubrik: „Verfügung oder Beschlufs einer Behörde, welche auf Grund der allgemeinen Rechtsnormen einem Gegenstande, z. B. einem Wege, die Eigenschaft einer öffentlichen Sache beilegt.“ Durch die Anrufung der allgemeinen Rechtsnormen ist die juristische Bedeutung des Verwaltungsaktes noch besonders hervorgehoben. Wozu bedarf es aber noch allgemeiner Rechtsnormen, damit der Staat eine von ihm erbaute Strafse zu eröffnen beschliefse? Das ist doch einfach die Verfügung des Eigentümers, nicht eine Verfügung im technischen Sinne des Verwaltungsaktes mit freiem Ermessen.

[5] Den Fall, dafs „einem Gegenstande stillschweigend die Eigenschaft einer öffentlichen Sache beigelegt werde“, hebt auch v. Stengel, V.R. S. 54, hervor. Aber

Unter Umständen läfst sich aber überhaupt keine bestimmte Willensäufserung des Herrn der Sache unterscheiden, die darauf gerichtet wäre, etwas Neues damit ins Werk zu setzen. Es kann sein, dafs die Sache bisher schon diesem Zwecke gedient hat und nunmehr von dem Subjekt der öffentlichen Verwaltung einfach übernommen und dabei belassen wird.

Ein Privatweg, der thatsächlich bisher schon in allgemeiner Benutzung gestanden hat, wird vom Staat oder der Gemeinde übernommen, gleichviel ob durch öffentlichrechtlichen Akt, Enteignung und dergleichen, oder durch privatrechtliches Rechtsgeschäft, Kauf, Tausch, Schenkung. Dadurch wird er öffentliche Sache, was er bisher nicht war. Mit dem Eintritt des neuen Herrn vollzieht sich die Umwandlung seiner juristischen Natur. Zur Not mag man hier von einer stillschweigenden Widmung sprechen, die im Erwerbswillen selbst mittelbar zum Ausdruck komme.

Einigermafsen anders liegt der Fall, wo eine juristische Person des öffentlichen Rechtes eine öffentliche Sache von einer anderen erwirbt, um sie für den gleichen Zweck ihrerseits weiter zu verwalten. Das Hauptbeispiel bildet Übernahme von Staatsstrafsen durch die Provinzen, von Gemeindestrafsen durch den Kreis oder den Staat. Hier entsteht keine neue öffentliche Sache. Die bisherige öffentliche Sache wechselt nur ihren Herrn (vgl. unten II n. 2). Gewidmet war sie früher schon einmal geworden. Dafs sie öffentliche Sache bleibt, beruht allerdings auf dem Willen ihres neuen Herrn, der, wie im vorigen Fall, im Erwerb und der Besitzergreifung stillschweigend zum Ausdruck kommen mag, vielleicht auch rechtlich gebunden ist dazu. Aber eine Widmung wird man das noch weniger nennen wollen wie dort.

Eine ganz besondere Stellung nehmen diejenigen öffentlichen Sachen ein, welche die Bestimmung, einem öffentlichen Zwecke zu dienen, vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit besitzen. Natürliche öffentliche Sachen mögen wir sie nennen: schiffbare Flüsse, Seen, Meeresstrand. Sie sind durch die neueren Gesetzgebungen durchweg für Eigentum des Staates, öffentliches oder gemeines Eigentum des Staates erklärt worden (oben § 35 Note 9). Man darf in diesen Bestimmungen jedoch keineswegs eine Widmung sehen

als Beispiel giebt er nur die längere Benützung eines Wegs als eines öffentlichen und findet darin einen „der Ersitzung analogen Fall“. Mit dieser Art von Ersitzung kommen wir aber doch wohl schon in die Frage des Eigentums hinein. Die im Texte angeführten Fälle scheinen uns viel deutlichere Belege für stillschweigende Widmung zu geben und von etwas wie Ersitzung ist dabei keine Rede.

oder überhaupt einen Akt, durch welchen diese Stücke des Gebietes zu öffentlichen Sachen gemacht worden wären[6]. Diese Sachen haben bei uns von jeher im Dienste der Allgemeinheit gestanden als öffentliche Sachen; nur ihr Rechtsverhältnis war dabei im Laufe der Zeiten verschieden aufgefafst worden, entsprechend dem Wechsel; dem der Begriff der öffentlichen Sache überhaupt unterlag: als Allmend, res nullius, Gegenstand reinen Hoheitsrechts (oben § 35, I). Jetzt giebt ihnen das Gesetz den Staat zum Eigentümer. Oder besser gesagt: es bestätigt nur die Umwandlung in der allgemeinen Rechtsanschauung, wonach jetzt der Staat als Eigentümer anzusehen ist. Der Staat hat sie überkommen mit dieser Zweckbestimmung und hat sie dabei belassen. Eine Willensäufserung, die als Widmungsakt aufgefafst werden könnte, ist nicht nachzuweisen. Bei alten Strafsen, Brücken, Festungswerken, Kanälen, mag es ja ganz ähnlich stehen; sie haben dieselben juristischen Wandlungen mit durchgemacht. Die natürlichen öffentlichen Sachen haben vor allen anderen nur das voraus, dafs die einzelnen Stücke, die dazu gehören, nicht willkürlich ausgewählt und hergerichtet, sondern von der Natur selbst bezeichnet sind. Auch ihr neuer Herr, der Staat, ist dafür angesehen, diese natürliche Widmung aufrecht zu erhalten, so lange die thatsächlichen Merkmale derselben bestehen. Mehr als eine solche Annahme ist es nicht. Der Staat kann ja im Wege der Gesetzgebung alles umstürzen; er kann auch durch thatsächliche Vorkehrungen, die er trifft, die Beschaffenheit der Sache so verändern, dafs sie die Merkmale der natürlichen öffentlichen Sache nicht mehr hat. Er kann umgekehrt durch seine Thätigkeit diese Merkmale weiter ausdehnen. Der Hauptfall ist der, wo ein bisher nicht schiffbarer Flufs oder Flufsteil schiffbar gemacht wird. Dann greifen die gewöhnlichen Regeln für die Entstehung öffentlicher Sachen Platz. Die Vollendung der Arbeiten ist die Voraussetzung; die Indienststellung wird erfolgen durch eine förmliche Eröffnungserklärung, es kann auch nur eine thatsächliche Indienststellung stattfinden. Im einen oder anderen Falle liegt wieder eine Widmung vor in dem oben aufgestellten Begriff; mit ihr entsteht die öffentliche Sache.

Die natürliche öffentliche Sache kann aber auch ihre Ausdehnung

---

[6] Derartige Fälle hat v. Stengel, V.R. S. 53, im Auge, wenn er davon spricht, dafs die Erklärung der Öffentlichkeit einer Sache auch durch Gesetz erfolgen könne. Wenn aber das Gesetz Sachen als öffentliche erwähnt, so ist doch noch wohl zu unterscheiden, in welchem Sinne das geschieht. Fälle, in welchen das Gesetz selbständig eine Sache für eine öffentliche erklärt, die es nicht bisher schon war, werden sich kaum nachweisen lassen.

von selbst verändern. Der Fluſs verlegt sein Bett; das Meer tritt zurück oder greift vor, der Strand erhält einen anderen Platz. Das neu Gewonnene wird von selbst öffentliche Sache, ohne alles Zuthun, ohne irgend welche staatliche Willensäuſserung, die als Widmung aufgefaſst werden könnte. Der Staat ist nur dafür angesehen, daſs er das Gegebene übernimmt, und das genügt, um den Zusammenhang mit der öffentlichen Verwaltung, dessen die öffentliche Sache bedarf, aufrecht zu erhalten.

In Summa: die öffentliche Sache ist immer erst in dem Augenblicke da, wo feststeht, daſs die öffentliche Gewalt sie von nun an für ihren Zweck verwenden wird. Dieser Augenblick kann gekennzeichnet sein durch eine irgendwie erscheinende Willensäuſserung des Herrn der Sache. Das ist der regelmäſsige Fall und deshalb mag man verallgemeinernd sagen: die öffentliche Sache entsteht durch die Widmung. Doch kann dieser Widmungswille auch minder deutlich erscheinen oder ganz von der starken natürlichen Bestimmung der Sache ins Schlepptau genommen sein. Es handelt sich eben nicht um die Ergänzung von Rechtswirkungen durch einen obrigkeitlichen Akt oder eine Willenserklärung von irgendwelcher rechtsgeschäftlicher Art, sondern nur um die Thatsache, daſs verwaltet wird, öffentliche Geschäfte besorgt werden sollen durch diese Sache. Darauf allein kommt hier alles an.

2. Die öffentliche Sache bedeutet noch nicht öffentliches Eigentum (oben § 35, III n. 2); es muſs noch das E i g e n t u m des Subjektes der öffentlichen Verwaltung hinzukommen, dem die Sache dient. Der Zeitpunkt, in welchem dies geschieht, ist bezeichnet durch einen Eigentumserwerbsakt, der seinerseits öffentlichrechtlicher oder civilrechtlicher Natur sein mag.

Wir sagen: „hinzukommen“ muſs dieses Eigentum. Damit soll über das z e i t l i c h e Vorher oder Nachher der Entstehung des ersten und zweiten Bestandteils nichts behauptet werden. Ein festes zeitliches Rangverhältnis, in welchem das immer geschehen müſste, besteht nicht. Man faſst das Verhältnis gern so auf, als müſste immer zuerst Eigentum für den Staat oder was ihm gleich steht erworben sein und alsdann die öffentliche Sache daraus gemacht werden. Der Staat wäre auf diese Art stets zunächst civilrechtlicher Eigentümer und würde nachträglich öffentlichrechtlicher. Die Auffassung der Fiskuslehre von dem Privateigentum als notwendiger Grundlage des öffentlichen macht sich auch in diesem vermeintlichen Entstehungsgange des öffentlichen Eigentums wieder geltend. In Wirklichkeit kann die Reihenfolge allerdings sich so gestalten. Sie kann aber auch

die umgekehrte sein, oder es kann Eigentum und Widmung der Sache gleichzeitig entstehen.

Wenn der Staat das Grundstück kauft und nachher ein Festungswerk darauf anlegt, so hat er durch den Kauf civilrechtliches Eigentum erworben gehabt. Wenn er enteignet und alsbald eine Strafse auf dem enteigneten Boden eröffnet, so wird immer noch eine Pause eintreten, während welcher die Strafse als solche nicht da ist und der Staat, wenn er als Herr dieses Bodens in Beziehungen zu anderen getreten wäre, nach Civilrecht zu beurteilen gewesen wäre. Die in civilrechtliches Eigentum umgeschlagene Wirkung der Enteignung hat vielleicht gar keine Gelegenheit gehabt, bemerkbar zu werden, so rasch ist das Eigentum in öffentliches verwandelt worden; es ist gleichwohl als civilrechtliches dagewesen (vgl. oben § 34, I n. 4).

Viele Enteignungsgesetze geben aber die Möglichkeit einer vorläufigen Besitzergreifung (oben § 34, II n. 2). Der in Besitz gewiesene Staat nimmt sofort die nötigen Arbeiten vor, stellt die Strafse her, eröffnet sie, alles auf fremdem Grund und Boden. Wenn die Strafse eröffnet ist, hat er einen öffentlichrechtlichen Besitz, aber nichts als dies. Wird nachher die Enteignung vollendet, so wird er Eigentümer. Sein Eigentum wird aber alsdann sofort ein öffentlichrechtliches; er hat niemals civilrechtliches Eigentum an der Sache gehabt. Ähnliche Fälle liefert der Erwerb eines Privatwegs, der damit dem öffentlichen Verkehr gewidmet wird, die Schiffbarmachung eines Privatflusses und in grofsem Mafsstabe die gesetzliche Erklärung von öffentlichen Sachen, die bisher als res nullius angesehen waren, zu Staatseigentum.

Deshalb ist es für das Verständnis sowohl der öffentlichrechtlichen Eigentumserwerbsakte als des öffentlichen Eigentums von erster Wichtigkeit, dafs man das richtige Verhältnis zwischen den Erwerbsakten und der besonderen Art des damit beginnenden Eigentums festhalte. Was wir oben § 34, I n. 4 über die Wirkungen der Enteignung gesagt haben, ist zu verallgemeinern. Es ist falsch, zu sagen: der Staat erwerbe öffentliches Eigentum, oder er erwerbe civilrechtliches Eigentum. Der Einzelne freilich als solcher kann gar kein anderes Eigentum haben als civilrechtliches. Es ist also überflüssig, hervorzuheben, dafs sein Erwerbsakt civilrechtliches Eigentum begründe. Der Staat aber und wer an seiner Stelle steht, kann sowohl civilrechtliches Eigentum haben, als öffentlichrechtliches. Welcher Art es sei, das ist von der Art des Erwerbsaktes — ob er als Kauf oder als Enteignung erscheint — ganz unabhängig. Es kommt einzig darauf an, welches zuständliche Verhältnis das erworbene Recht über die

Sache alsbald umgiebt. Dieses ist aber ein neues selbständiges aufserhalb des Erwerbsaktes liegendes Element. Der Erwerbsakt begründet für sich allein nichts anderes als die umfassende rechtliche Macht über die Sache. Mit dieser Wirkung schliefst er ab. Diese Wirkung ist ihm auch ganz zugehörig. Sie ist öffentlichrechtlich, wenn er selbst öffentlichrechtlich ist, privatrechtlich, wenn er selbst privatrechtlich ist. Sie hat keine eigne Farbe. Eine solche bekommt erst der nunmehr von der begründeten Herrschaft aus beginnende rechtliche Zustand, und zwar entweder in dem einen oder in dem anderen Sinne. Diese Farbe ist bedeutsam, nicht für die Beurteilung des Erwerbsaktes, sondern ausschliefslich für die Beurteilung der von da aus nunmehr neu sich knüpfenden Rechtsbeziehungen.

II. In dem Augenblicke, wo beides vereinigt ist, Widmung und umfassende rechtliche Macht über die Sache, ist das öffentliche Eigentum da. Mit diesem Eigentum steht der Herr der Sache mitten im Strom der in unendlicher Mannigfaltigkeit sich berührenden menschlichen Interessen und kommt dadurch in die verschiedenartigsten Beziehungen zu Anderen, wie ein Eigentümer nach Civilrecht. Darin entfaltet sich der Inhalt des Eigentums. Das Besondere des öffentlichen Eigentums aber ist, dafs diese Beziehungen hier überall nach öffentlichem Rechte zu beurteilen sind.

Die Regeln, nach welchen diese Beziehungen sich ordnen, werden geliefert durch Rechtsinstitute, die wir anderwärts ausführlicher behandeln. Hier sind sie nur zusammenzustellen, damit das abgerundete Bild des öffentlichen Eigentums dem civilrechtlichen Eigentum gegenüber erscheine.

1. Das dingliche Recht an der Sache äufsert sich zunächst in einem Anspruch auf Schutz gegen jede Beeinträchtigung dieser Herrschaft durch Andere, mag diese Beeinträchtigung geschehen durch Schädigung der Sache, Störung des Gebrauchs oder Entziehung des Besitzes.

Das öffentliche Eigentum hat von vorneherein einen eigentümlich geordneten Schutz, der seiner öffentlichrechtlichen Natur entspricht. Nur hat es ihn nicht für sich allein: es ist der Schutz der öffentlichen Sache überhaupt. Von dieser bildet es aber ja gerade den Hauptfall; andererseits giebt es kein öffentliches Eigentum, das nicht eine öffentliche Sache zum Gegenstande hätte. Der Schutz der öffentlichen Sache ist also ein wesentlicher Bestandteil seines Rechts, ohne den es nicht zu verstehen ist.

Der der öffentlichen Sache eigentümliche Schutz beruht auf ihrer

begriffsmäfsigen Eigenschaft, dafs sie selbst für sich schon eine Erscheinung der öffentlichen Verwaltung ist. Die öffentliche Verwaltung aber erhält sich dem Einzelnen gegenüber in ihrem Stand mit obrigkeitlicher Gewalt. Die Gesamtheit der hierher gehörigen Mafsregeln pflegt dann unter dem herkömmlichen Namen der Polizei zu gehen. Nachdem wir aber diesen Begriff enger begrenzt haben, werden wir zweierlei Dinge hier zu unterscheiden haben.

Das eine ist die Polizei der öffentlichen Sache. Jede Störung der Unversehrtheit und Benutzbarkeit der öffentlichen Sache ist eine Störung der guten Ordnung, zu deren Aufrechterhaltung die Polizeigewalt berufen ist. Die Polizei der öffentlichen Sache ist nichts anderes, als ein Stück jener allgemeineren Richtung der Polizeigewalt, die wir oben als Anstaltspolizei bezeichnet haben (Bd. I S. 263).

Diese Polizei richtet sich zum Teil schlechthin gegen jedermann, der mit der Sache in Berührung kommt[7], zum Teil knüpft sie sich an die besondere Voraussetzung, die ja nicht bei allen Arten öffentlicher Sachen gegeben ist, dafs Nutzungsrechte der Einzelnen daran bestehen durch Gemeingebrauch, besondere Erlaubnis oder Verleihung; die Ordnung der Ausübung dieser Nutzungen ist ein Hauptgegenstand der Polizei der öffentlichen Sache (unten § 37—39).

Die Formen, in welchen dieser Schutz stattfindet, sind die allgemeinen polizeilichen: Befehle, in Rechtssätzen und Einzelbefehle, Strafsetzungen, Zwangsvollstreckung durch Ungehorsamsstrafe, Ersatzvornahme, Gewaltanwendung; vor allem hat der unmittelbare Zwang, wie wir Bd. I § 24, I n. 1 schon ausgeführt haben, gerade auf diesem Boden sein Hauptverwendungsgebiet[8].

---

[7] Die polizeiliche Mafsregel tritt hier insbesondere an Stelle der Besitzklagen. Die Besitzergreifung von einem Stück Boden, das als Zubehör der Strafse behauptet wird, ist „eine polizeiliche Anordnung im Interesse des Verkehrs“ und mit gerichtlicher Klage nicht anfechtbar (C.C.H. 13. Okt. 1873; J.M.Bl. 1874 S. 39). — Ein bayrischer Stadtmagistrat ordnet die Beseitigung von Pfosten an, mit welchen der angebliche Eigentümer einen Weg versperrt hatte; kein Rechtsweg: „die Gemeinde mufs in der freien Verfügung über die katastermäfsig und thatsächlich als öffentlicher Weg benützte Grundfläche geschützt werden“ (Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 372). Ein ähnlicher Fall in O.V.G. 1. März 1875.

[8] Die Handhabung dieser Polizei kann der Zuständigkeit einer anderen Behörde überwiesen sein, als derjenigen, welche die laufende Verwaltung der Sache führt; es kann sogar sein, dafs die Polizei namens des Staates geübt wird, während die Strafse, der Platz, der Brunnen der Gemeinde gehört und in allem übrigen in deren Namen verwaltet wird. Das ändert nichts an der Rechtsstellung des öffentlichen Eigentums; nach aufsen bilden alle Zweige der Verwaltung ein Ganzes; der Schlufs, dafs bei solcher Trennung der Zuständigkeiten das Eigentum an der

Der besondere Strafrechtsschutz gegen Beschädigungen geht nebenher und gehört nicht zu unserer Lehre; er umfafst auch nicht-öffentliche Sachen, lediglich nach dem Mafsstabe eines besonderen staatlichen Interesses an ihrer Unversehrtheit[9]. —

Voraussetzung für diese polizeiliche Abwehr ist, dafs es sich um eine öffentliche Sache handelt. In diesem Punkte kommt nun die zweite obrigkeitliche Thätigkeit zu Hülfe, um den Schutz zu vervollständigen. Das ist die behördliche Feststellung der öffentlichen Sache. Sie bildet eine Ergänzung der Widmung. Es wird keine öffentliche Sache damit geschaffen, sondern nur einer bestehenden Ungewifsheit gegenüber erklärt, dafs und wie weit eine solche schon besteht. Die Feststellung ist immer ein Verwaltungsakt, und zwar ein solcher, der nur aussprechen soll, was bereits Rechtens ist, eine Entscheidung. Die Feststellung kann auf die rechtliche Eigenschaft der Sache überhaupt gehen oder lediglich die Bestimmung des räumlichen Umfangs der gegebenen öffentlichen Sache zum Gegenstande haben; letzteres giebt die Abgrenzungsakte. Als Verwaltungsakt wirkt die Feststellung bindend für die Einzelnen, gegen welche sie ergeht; das sind diejenigen, welche ihrerseits den Besitz der Sache in Anspruch nehmen könnten, ganz oder eines Grenzstreifens davon als Anlieger. Sie schafft nur der Widmung Bahn auch diesen gegenüber. Im übrigen besteht die öffentliche Sache allen gegenüber einfach auf Grund der Widmung fort. Die Feststellung enthält keinen Ausspruch über das Recht an der Sache; die Frage, wer Eigentümer ist, die Frage, ob eine Grunddienstbarkeit daran besteht oder nicht, läfst sie ganz unberührt. Sie erklärt nichts als eine Thatsache. Diese Thatsache ist aber eben nichts anderes, als dafs die öffentliche Verwaltung in dieser Sache erscheint. Das kann nur die öffentliche Verwaltung selbst sagen; die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden dazu versteht sich daher von selbst, auch wenn die Gesetze nichts darüber bestimmen. Und ebenso versteht sich von selbst, dafs dieser Ausspruch mafsgebend sein mufs auch für die Civilgerichte, sofern das Gesetz ihnen ein Nachprüfungsrecht nicht besonders zuweist[10].

öffentlichen Sache ein civilrechtliches werden müsse, ist ganz unberechtigt. So Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand. Buch 43 u. 44, IV, 1 S. 110.

[9] Stf.G.B. §§ 304, 305. Oberst. L.G. München 25. Mai 1888 (Reger IX S. 332): „ein öffentlicher Weg im Sinne des Stf.G.B. ist jeder, der thatsächlich dem allgemeinen Verkehr dient.“ Das geht über unsern Begriff der öffentlichen Sache hinaus.

[10] Eine Feststellung im obigen Sinne bedeutet die Bestimmung des preufs. Rechts, wonach die Verwaltungsbehörden darüber entscheiden, „ob ein Weg als

Wie sich civilgerichtliche Besitzklagen, Eigentumsklage, confessoria und negatoria mit diesen Schutzmaſsregeln, mit der Polizei der öffentlichen Sache und mit den Feststellungsakten, vertragen, das ist eine Frage, die im Zusammenhang mit der Lehre vom Streit über das Recht an der Sache noch zu erörtern sein wird (unten n. 3).

2. Das dingliche Recht an der Sache äuſsert sich darin, daſs der Berechtigte über sie verfügen kann, um Rechte Anderer daran zu begründen, oder, um es umfassender auszudrücken, darin, daſs Rechte Anderer daran begründet werden durch juristische Thatsachen, die gegen ihren Herrn wirken.

An diesem Punkt kommt nun das öffentliche Eigentum gegenüber den andern Rechtsformen der öffentlichen Sache zu seiner vollen Bedeutung und zugleich gerade wegen der engeren Verwandtschaft, in den offensten Gegensatz zum civilrechtlichen Eigentum.

Dieser Gegensatz pflegt damit ausgedrückt zu werden, daſs man sagt: die im öffentlichen Eigentum stehende Sache ist dem Verkehr entzogen, die res publica ist extra commercium.

Was heiſst das? Wenn man sagt: die Sache ist unveräuſserlich, es können keine Rechte Anderer daran begründet werden durch Rechtsgeschäft, folglich auch nicht durch Ersitzung, so ist das zu wenig; die Unzugänglichkeit für Erwerb dinglicher Rechte geht noch weiter. Andererseits ist es zu viel behauptet; es giebt einen Rechtsübergang auch hier und es werden auch am öffentlichen Eigentum Rechte der Einzelnen begründet.

Wenn man aber nun dem Rechnung tragen will und sagt: es können an der Sache nur solche Rechte begründet werden, welche ihrem bestimmungsgemäſsen Zweck keinen Eintrag thun, so ist das nur ein schwächliches Aushülfemittel und trifft in Wirklichkeit gar nicht zu; vgl. unten Note 17.

Die Unterscheidung ist viel einfacher zu machen und ist eine selbstverständliche. Die Sache, die im öffentlichen Eigentum steht, ist der Anwendbarkeit des Civilrechts entzogen. Die rechtliche Herrschaft, in welcher der Staat sie hat, ist öffentlichrechtlicher Art, weil er öffentliche Verwaltung durch sie führt; diese

---

öffentlicher in Anspruch zu nehmen sei"; Kr.Ord. § 135, Zust.Ges. § 56. Das wird als eine „polizeiliche Funktion", als „ein interimisticum" aufgefaſst: O.V.G. 17. Febr. 1877 (Samml. II S. 236). Wenn die Sache im Verwaltungsstreitverfahren behandelt wird, so hat der betreibende Teil nicht zu beweisen, daſs er Eigentümer sei, „sondern es ist nur zu prüfen, ob der Weg öffentlich ist oder nicht"; O.V.G. 11. März 1885. Über die actes de délimitation des Franz. Rechts siehe Theorie des Franz. V.R. S. 250 ff.

Herrschaft ist hier Eigentum, durchdringt sie also ganz, folglich bleibt nichts an ihr übrig, was nach den Regeln des Civilrechts zu beurteilen wäre. Insbesondere können keine Rechte Anderer nach diesen Regeln an ihr begründet werden. Die Civilrechtswissenschaft, die nur einen Verkehr im Auge hat, der nach den Regeln des Civilrechts stattfindet, erkennt an solchen Sachen keine Möglichkeit eines Verkehrs. Darum sagt sie von ihrem Standpunkte aus schlechthin: die Sache ist aufser Verkehr. Aber jenseits ihres Horizontes ist auch wieder Recht, sind rechtlich geordnete Verhältnisse und Rechtsgeschäfte. Dort, im öffentlichen Rechte ist die Sache allerdings im Verkehr nach der diesem eigentümlichen Weise, oder, wenn man das nicht Verkehr nennen will, — commercium im Sinne des römischen Rechts ist es sicher nicht, — dort werden Verfügungen über sie getroffen zu Gunsten Anderer und Rechte daran begründet[11].

In dieser Weise verstanden, ergiebt sich der Satz, dafs die im öffentlichen Eigentum stehende Sache aufser Verkehr sei, von selbst aus der Natur des öffentlichen Eigentums. Und zugleich ergiebt sich daraus die scharfe Unterscheidung von dem, was von juristischen Thatsachen daran zulässig und wirksam ist und was nicht, in allen Einzelheiten.

Ausgeschlossen ist die Veräufserung des öffentlichen Eigentums durch ein civilrechtliches Rechtsgeschäft.

Damit ist nicht zu verwechseln der Fall einer civilrechtlichen Veräufserung des Grund und Bodens eines aufgelassenen Weges oder Festungswerks: da handelt es sich nicht mehr um öffentliches Eigentum[12]: Ebensowenig gehört hierher der Fall der Veräufserung

---

[11] Neuner, Privatrechtsverhältnisse S. 131, drückt diese Doppelbeziehung der res publicae ganz zutreffend also aus: „durch ihre negative Bedeutung (extra commercium esse) sind sie dem Gebiete des Privatrechts entzogen, durch ihre positive Bedeutung (Eigentum des Staats oder der Gemeinde, Benutzungsrecht Aller) sind sie dem öffentlichen Rechte zugewiesen". Richtig auch O.Tr. 22. Dez. 1873 (Str. 90 S. 345): „die Strafsen sind res publicae, . . über welche nur nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes verfügt werden kann".

[12] Über die Auflassung als Aufhebung der Eigenschaft einer öffentlichen Sache vgl. unten III. In Bl. für adm. Pr. 1874, S. 374, wird folgender Fall gegeben: Ein Gutsbesitzer will den öffentlichen Weg verlegen lassen und kauft den alten Weg der Gemeinde vor Notar ab. Das Bezirksamt befiehlt die Offenhaltung und die Beschwerdeinstanz billigt das: „denn die auf jener Grundfläche ruhende Verbindlichkeit, für öffentlichen Verkehr zu dienen, bleibt als Last auf derselben auch nach jenem Privatrechtsgeschäft, so lange nicht die Aufhebung des öffentlichen Weges in einer von den Verwaltungsbehörden anerkannten Weise ausgesprochen ist." Hier ist der Gedanke offenbar der, dafs bis zur Auflassung der Weg trotz

des Eigentums, welches einem Dritten an der öffentlichen Sache zusteht: da war überhaupt öffentliches Eigentum nicht vorhanden, sondern eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit oder ein öffentlichrechtlicher Besitz, was beides durch diese Veräufserung nicht berührt wird[13].

Dagegen finden allerdings wirkliche Übertragungen von öffentlichem Eigentum statt zwischen dem Staat und den Selbstverwaltungskörpern. Insbesondere kommt dabei die bereits erwähnte Übernahme öffentlicher Strafsen in Betracht. Das sind aber eben keine civilrechtlichen Rechtsgeschäfte. Es ist eine Bestimmung der Aufgaben des Selbstverwaltungskörpers, die durch das Gesetz oder durch die Aufsichtsbehörde im Zusammenwirken mit der Vertretung des Selbstverwaltungskörpers geschehen mag, jedenfalls aber ganz und gar öffentlichrechtlicher Natur ist (unten § 59)[14]. —

---

der Veräufserung öffentliche Sache und folglich in öffentlichrechtlichem Besitze der Verwaltung bleibt; dieser öffentlichrechtliche Besitz, den die Gemeinde so ohne weiteres nicht aufgeben kann, ist die „Last“, welche die Wirksamkeit des „Privatrechtsgeschäftes“ beschränkt. Richtiger wäre es zu sagen, dafs das Privatrechtsgeschäft bis zur Aufhebung des Weges überhaupt nicht wirkt; es geht ja doch auch das Eigentum nicht über. Das Geschäft kann als gültig überhaupt nur bestehen, insofern es stillschweigend an die aufschiebende Bedingung der vorzunehmenden Auflassung geknüpft ist.

[13] Über dieses Verhältnis vgl. unten Note 17.

[14] Ein hervorragendes Beispiel giebt das Preufs. Ges. v. 8. Juli 1875, § 18 Abs. 2, wodurch die Chausseen des Staates mit allen Rechten und Pflichten auf die Kommunalverbände übertragen werden. — Gewisse öffentliche Sachen hängen in ihrer Bestimmung auf das innigste zusammen mit dem Gebiete, auf welchem sie sich befinden, gehören also naturgemäfs derjenigen juristischen Person, welcher dieses Gebiet zugeteilt ist, also diesem bestimmten Staat, dieser bestimmten Gebietskörperschaft, Provinz, Kreis, Gemeinde (vgl. unten § 56 n. 3). Bei einem Wechsel des Gebietes gehen sie von selbst in das Eigentum des neuen Gebietsherrn über, und zwar indem sie öffentliche Sache bleiben, also in das öffentliche Eigentum des erwerbenden Staates, der erwerbenden Gemeinde. Der Zusammenhang mit dem Gebiet ist nicht bei allen Arten von öffentlichen Sachen gleich grofs: Gemeindekirchhöfe z. B. können sehr gut auf dem Gebiete einer fremden Gemeinde liegen. Das Hauptbeispiel für die Kraft jenes Zusammenhangs geben die Wege. Bei den sogenannten Inkommunalisierungen erwirbt die aufnehmende Gemeinde die vorhandenen Wege „in dem Rechtszustande, in welchem der aufgenommene Teil sie besafs, ohne weiteres und ohne dafs derselben auch nur besonders Erwähnung gethan werden müfste“; O.V.G. 20. Febr. 1884 (Samml. X, S. 233). Ubbelohde, Forts. zu Glücks Pand., Bd. 43 u. 44, IV, S. 88 ff., behauptet demnach mit Recht die Übertragbarkeit von öffentlichen Sachen. Er bemerkt dabei unter anderm: „Allerdings wird es nicht eben häufig vorkommen, dafs ein Staat dem andern etwa eine Chaussee als solche überträgt. Warum indessen sollte dies nicht bei einer Grenzregulierung, also in der Weise sich ereignen können, dafs an dem abge-

Ausgeschlossen ist ebenso das civilrechtliche Institut der Eigentumsersitzung[15].

Damit ist aber wiederum nicht zu verwechseln der Fall einer Ersitzung des Eigentums an der öffentlichen Sache, das einem Andern zustand. Als der Ersitzende wird hier nur der Herr der öffentlichen Sache in Betracht kommen können; denn dieser allein ist im Besitz, indem er die Sache für den öffentlichen Zweck erhält und benützt oder benützen läfst. Wenn durch die Ersitzung die volle rechtliche Macht über die Sache mit dieser Art der thatsächlichen Beherrschung sich vereinigt, entsteht öffentliches Eigentum, das dann seinerseits durch Ersitzung eines Andern nicht wieder verloren gehen kann[16]. —

So wenig wie für vollen Rechtsübergang sind die Formen des Civilrechts anwendbar zur Begründung von Belastungen und Beschränkungen des öffentlichen Eigentums. Und zwar sind nicht blofs Verträge und Ersitzungen dieses Inhaltes ausgeschlossen; auch gesetzliche Dienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen, soweit sie dem Gebiete des Civilrechts angehören, wirken hier nicht.

Damit ist nicht gesagt, dafs an einer Sache, die öffentliches Eigentum ist, keine civilrechtlichen Dienstbarkeiten bestehen können.

---

tretenen Stücke zugleich die Staatshoheit übertragen wird?" Das scheint uns keine Frage zu sein: wir wüfsten gar nicht, wie sich das anders sollte ereignen können. Stobbe, D.Pr.R. § 434, I, scheint noch einen andern Fall von Veräufserungsmöglichkeit zu kennen: „Die öffentlichen Wege . . . sind Eigentum des Staates oder der Gemeinde und können, soweit dies die Verfassung des Staates zuläfst, in das Eigentum von Privaten übergehen." Was die Verfassung aber hier zu thun hat, ist unverständlich.

[15] Dernburg, Preufs. Pr.R. I, § 67; Foerster-Eccius, Preufs. Pr.R. III, § 177 Note 13; O.V.G. 3. Juni 1882 (Samml. IX, S. 218). R.G. 10. Jan. 1883 (Samml. VIII, S. 158): „Daher erlischt das Recht des Gemeingebrauchs nicht nach den Bestimmungen des Privatrechts etwa wie Servituten durch unterlassene Ausübung". Gemeint ist das Recht des Staates oder der Gemeinde an der Sache, welche ihrerseits die Voraussetzungen für den Gemeingebrauch liefern; das „Recht des Gemeingebrauchs", das nicht erlischt, ist nur ein ungeschickter Ausdruck dafür; dieses Recht hat ja gar kein Subjekt; vgl. unten § 37.

[16] v. Stengel, V.R. S. 54, bemerkt, dafs „ein Weg, welcher längere Zeit widerspruchslos als öffentlicher benutzt worden ist, die Eigenschaft als öffentliche Sache annehme". Das gäbe dann nach ihm einen „der Ersitzung analogen Fall". Wir sagen dagegen: sobald der Weg wirklich als öffentlicher benutzt wird, d. h. einem öffentlichen Verkehr dient, den Staat oder Gemeinde schützen und ordnen, ist er öffentliche Sache, kraft öffentlichrechtlichen Besitzes vermöge der Polizei der öffentlichen Sache; dazu bedarf es keiner Ersitzung. Wenn dieser Besitz die Ersitzungszeit hindurch gedauert hat, ohne Einschränkung oder Unterbrechung durch Anerkennung eines fremden Eigentums an der Sache, so wird der Staat, die Gemeinde Eigentümer durch Ersitzung, und zwar durch wirkliche, nicht blofs analoge Ersitzung.

Solche können begründet worden sein, bevor der Staat das Eigentum erwirbt, um einen Weg, ein Festungswerk darauf anzulegen. Die Dienstbarkeit erlischt dadurch nicht dem Rechte nach; die Thatsache der öffentlichen Sache wird freilich die Ausübung beschränken oder ausschliefsen. Das ist eine andere Frage. Nur neubegründet werden können solche Rechte privatrechtlich nicht mehr.

Dagegen werden allerdings in mannigfacher Weise Benutzungsrechte und selbst Besitzrechte der Einzelnen am öffentlichen Eigentum begründet, deren Begründung und Ausübung in den Formen des öffentlichen Rechtes geschieht. Der ausführlichen Darstellung dieser Rechtsinstitute werden unsere §§ 37—39 gewidmet sein[17]. —

[17] Wenn Ulbrich, Öff. Rechte S. 49, sagt: „Dafs an öffentlichen Sachen Privatrechte konstituiert werden können, ist sowohl nach römischem als nach modernem Privatrechte unzweifelhaft", so ist es notwendig, den Doppelsinn des Wortes „Privatrechte" zu beseitigen. Rechte der Privaten können konstituiert werden, aber nicht privatrechtliche Rechte; und dafs solche konstituiert werden können, ist nicht „unzweifelhaft nach Privatrecht", sondern wird erst möglich durch das öffentliche Recht und in dessen Formen. — Die Unterscheidung, welche wir hier machen, ist nicht die der herrschenden Meinung. Die herrschende Meinung hat sich einen anderen Mafsstab zurechtgelegt, um danach die Zulässigkeit nachträglicher Beschränkungen des öffentlichen Eigentums zu ordnen. Die Formel lautet: unzulässig ist die Begründung von Rechten an der Sache, welche ihrem Hauptzwecke, dem sie gewidmet ist, zur Störung gereichen würden; zulässig dagegen sind alle Rechte, welche diesem keinen Eintrag thun. Das preufs. Obertribunal hat in zahlreichen Erkenntnissen davon Anwendung gemacht, um die Entstehung civilrechtlicher Grunddienstbarkeiten an öffentlichem Eigentum anzuerkennen: 13. Dez. 1859 (Str. 35, S. 342); 24. Okt. 1863 (Str. 53, S. 4); 17. Nov. 1863 (Str. 51, S. 225); 11. Jan. 1871 (Str. 80, S. 204); 17. Nov. 1874 (Str. 100, S. 19). Das Oberverwaltungsgericht (Entsch. 30. April 1877) scheint einer strengeren Auffassung zuzuneigen. Dagegen hat das Reichsgericht die Auffassung des Obertribunals ausdrücklich übernommen; Entsch. 4. Dez. 1884 (Samml. XII, S. 284): „Denn so wenig diese Eigenschaft des Kirchhofes (dem bürgerlichen Verkehr entzogen zu sein) das Vorhandensein privaten Eigentums, sei es der Kirche oder der politischen Gemeinde oder Einzelner an demselben ausschliefst, ebensowenig hindert dieselbe das Bestehen solcher Nutzungsrechte an ihm, welche seiner Bestimmung nicht zuwiderlaufen, und dies gilt ganz sicher von dem in Frage stehenden Beerdigungsrecht". Ähnlich R.G. 5. Mai 1882 (Samml. VII, S. 136 ff.), 29. Juni 1886 (Samml. XVI, S. 159 ff.); Foerster-Eccius, Preufs. Pr.R. III, S. 27 Anm. 4 („Zulässig sind Rechte an den fraglichen Sachen, welche den Gemeingebrauch nicht ausschliefsen"); Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 374; Ubbelohde, Forts. zu Glücks Pand. a. a. O., S. 78. Es ist aber leicht zu sehen, dafs diese Auffassung auf falscher Grundlage beruht und zu keinem brauchbaren Ergebnisse führt. Sie geht gemäfs der alten Fiskustheorie davon aus, dafs hinter der öffentlichen Sache immer ein civilrechtliches Eigentum steckt, über welches verfügt werden kann. Sie giebt auch kein Unterscheidungsmerkmal für die zulässigen Rechte: wenn selbst privates Eigentum, das allerumfassendste Recht, daran zulässig ist, so ist jedes andere

Grundbuchordnung und Hypothekenrecht sind grundsätzlich nur für civilrechtliches Eigentum gegeben. Sofern das Gesetz bezüglich des öffentlichen Eigentums nichts verfügt, sind sie auf dieses nicht anwendbar.

Wo die Grundbuchordnung ausdrücklich für anwendbar erklärt ist, wirken die betreffenden Einträge, der Natur des öffentlichen Eigentums entsprechend, anders als beim civilrechtlichen. Der Eintrag ins Grundbuch ist im Zweifel nur eine Ordnungsmafsregel, eine Beurkundung und Bezeugung des öffentlichen Eigentums. Für den Bestand des Rechtes kann er erst von Bedeutung werden, wenn die Sache einmal aufhören wird, im öffentlichen Eigentum zu stehen [18].

Die Bestellung und Eintragung einer Hypothek am öffentlichen Eigentum wäre nur so denkbar, dafs diese im voraus gesichert werden sollte für eben diesen Fall. So lange er nicht eingetreten ist, würde ein dingliches Recht des Gläubigers nicht begründet werden.

Wenn eine Hypothek an einem Grundstück bereits besteht, so ist das kein Hindernis, dafs dieses vom Staat oder der Gemeinde erworben und in ein Festungswerk oder eine Strafse umgewandelt, also öffentliches Eigentum werde. Die Hypothek bleibt alsdann an dem Grundstück bestehen, ganz ebenso wie eine vorher etwa begründete civilrechtliche Dienstbarkeit. Aber wie die Ausübung der Servitut der Polizei der öffentlichen Sache sich fügen mufs, so steht auch der Ausübung der Hypothek fortan das begründete öffentliche Eigentum entgegen: das Rechtsinstitut der Subhastation findet auf öffentliches Eigentum keine Anwendung, der Gläubiger ist also, so lange es besteht, in der Unmöglichkeit, seine Hypothek durch Zwangsveräufserung zu realisieren [19].

Recht zulässig, — nur mit der Bedingung, die ja auch für jenes gilt, dafs die thatsächliche Ausübung dem „Hauptzwecke" der Sache weichen mufs. Dafs Fortbestand älterer Rechte und Zulässigkeit der Neubegründung solcher verschieden beurteilt werden müssen, wird gar nicht beachtet.

[18] Dernburg, Preufs. Pr.R. I, § 193, 1; Burkhard in Grünh., Ztschr. 15, S. 638 ff. (wo nur unrichtiger Weise ein Unterschied gemacht wird zwischen öffentlichem Eigentum des Staates und der Gemeinde; vgl. oben § 35, Note 32). Wichtig besonders R.G. 10. Jan. 1883 (Samml. VIII, S. 152): Nach Hamburgischem Ges. über Grundeigentum und Hypotheken v. 4. Dez. 1868 müssen dingliche Rechte an der Sache vor dem Zwangsverkaufe eingetragen oder angemeldet werden, sonst gehen sie durch den Zuschlag unter. Das Reichsgericht erklärt das auf ein unter dem versteigerten Hause befindliches Siel für nicht anwendbar als „eine lediglich die privatrechtlichen Verhältnisse betreffende Bestimmung". In diesem Falle handelte es sich nur um eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit; der dabei aufgestellte Satz hat aber allgemeinere Bedeutung.

[19] Einen solchen Fall behandelt R.G. 17. März 1887 (Samml. IV, S. 279):

Der Ausschlufs der Anwendbarkeit der Rechtsinstitute des Civilrechts läfst sich auch zurückführen auf die Formel: der Staat erscheint im öffentlichen Eigentum nicht als Fiskus. Nach den im § 11, III n. 2 gegebenen Ausführungen über den Begriff Fiskus wissen wir, was wir damit sagen wollen. Wir haben hier einen Fall, der für seine Abgrenzung besonders lehrreich ist. Insbesondere wird hier noch ein Punkt von Wichtigkeit, auf den wir dort hingewiesen haben: mit dem Ausschlufs des Civilrechts ist die Bedeutung dieser staatlichen Rechtsstellung nicht erschöpft. Auch gewisse öffentlichrechtliche Rechtsinstitute sind dem öffentlichen Eigentum gegenüber von der Anwendbarkeit ausgeschlossen, welche sie sonst gegen derartige Grundstücke beanspruchen. Das ist überall der Fall, wo ein solches Rechtsinstitut nur kraft jener eigentümlichen Rückbezüglichkeit wirksam werden könnte, welche voraussetzt, dafs der Staat als privatwirtschaftliches Subjekt wie ein Privater neben Privaten stehe.

Einen Hauptbeleg dafür haben wir bereits gehabt: die Unanwendbarkeit der Enteignung auf öffentliches Eigentum (oben § 33, III n. 1); dieser Satz erhält hier seinen gröfseren Zusammenhang. In gleicher Weise werden auch sonstige dingliche Beschränkungen und Belastungen öffentlichen Rechts hier nicht Platz greifen (vgl. z. B. unten §§ 40 u. 41); die Verständigung der beiderseits das öffentliche Interesse vertretenden Behörden, nötigenfalls das Eingreifen der gemeinsamen Oberen schafft den Ausgleich.

Wenn man das öffentliche Eigentum so gern als ein bevorzugtes Eigentum bezeichnet, so denkt man wohl neben dem besonderen Strafrechtsschutz vor allem an diese Dinge. Das ist aber alles doch mehr nebensächlicher Natur. Der wesentliche Gegensatz, dafs das civilrechtliche Eigentum die Rechtsordnung, die es umgiebt, aus dem Civilrecht, das öffentliche die seine aus dem öffentlichen Rechte erhält, bedeutet einen Rangunterschied nicht.

3. Alle diese Ordnungen des öffentlichen Eigentums und insbesondere sein Verhältnis zum civilrechtlichen Eigentum treten in be-

---

„Fiskus“ hatte das mit Hypothek belastete Grundstück vom Eigentümer abgetreten bekommen, darauf eine Strafse angelegt und dem öffentlichen Verkehre übergeben. Der Hypothekargläubiger beantragt Subhastation und wird damit gemäfs Preufs. Subhast.-Ordnung vom 15. März 1869, § 39, abgewiesen. Das gleiche Schicksal hat seine auf das Hypothekenrecht gegründete Klage auf Freigabe des Grundstückes aus dem Strafsennexus: „Jedenfalls ist die Realisierung des Pfandrechts unmöglich.“ — Einer ungerechten Schädigung des Hypothekargläubigers mufs in anderer Weise vorgebeugt werden.

deutsamer Weise hervor im Falle eines Rechtsstreites, zu dem es Anlaſs giebt.

Ein derartiger Rechtsstreit kann in verschiedener Gestalt erscheinen.

Ein Rechtsstreit über das öffentliche Eigentum selbst, so daſs jede der streitenden Parteien es als solches für sich in Anspruch nimmt, ist nur denkbar zwischen Subjekten der öffentlichen Verwaltung. Der Staat, die Gemeinde, der beliehene Unternehmer, oder gleichartige Rechtssubjekte der letzteren Art stehen sich gegenüber. Der Streit kann sich nur erledigen auf der Grundlage des Rechtstitels, auf welchen das untergeordnete Rechtssubjekt seinen Anspruch auf dieses Stück öffentlicher Verwaltung gründet; es kommt darauf an, ob es in dem Selbstverwaltungsrecht, in der Verleihung begriffen ist und wie weit etwa die Aufsichtsgewalt abändernd eingegriffen hat. Der Streit bewegt sich ganz und gar auf dem Boden des öffentlichen Rechts; mit der Natur einer rei vindicatio hat er nichts gemein. Die Handhabung der entsprechenden öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute giebt die Lösung, die nicht notwendig in die Form der Rechtspflege gebracht ist[20].

Es kann auch ein Rechtsstreit vorliegen über das civilrechtliche Eigentum an der öffentlichen Sache. Die Widmung der öffentlichen Sache ist ja möglich auf Grund einer öffentlichrechtlichen Dienstbarkeit oder eines öffentlichrechtlichen Besitzes. Das Eigentum selbst bleibt dahinter einem Andern gehörig als dem Verwalter der öffentlichen Sache. Wer der Andere sei, kann also Gegenstand des Streites werden. Das mögen die Parteien nach den Regeln der rei vindicatio mit einander ausmachen, die öffentliche Sache und ihr Verwalter sind dabei nicht beteiligt[21].

Der dritte und wichtigste Fall ist der Streit zwischen civilrechtlichem und öffentlichem Eigentum: der Ver-

[20] O.Tr. 7. Juli 1854: Ein Gemeindeweg wird bei Neubau einer Staatsstraſse verschüttet. Klage der Stadt gegen den Fiskus. Die Regierung erklärt: die Wiederherstellung des unterbrochenen Gemeindeweges sei „nicht bloſs polizeilich unzulässig, sondern auch polizeilich nicht notwendig“ (!). Das Gericht, „bei diesem Ungrunde des klägerischen Anspruches“ (!), weist die Klage ab; die Aufsichtsbehörde hatte entschieden. Ebenso R.G. 13. April 1880 (Samml. I, S. 420).

[21] Ebensowenig bei einer Besitzstörungsklage, auf welche Verklagter erwidert: es sei eine öffentliche Sache. Darin liegt eine Bestreitung der Aktivlegitimation und möglicherweise auch die Behauptung der Rechtmäſsigkeit der angegriffenen Handlung, da sie im Gemeingebrauch begründet war. O.Tr. 12. Jan. 1852 Str. 4. S. 248).

walter der öffentlichen Sache behauptet öffentliches Eigentum, der Gegner nimmt sie als sein civilrechtliches Eigentum in Anspruch.

Die Grundlagen für die Gestalt, die dieser Streit annehmen mufs, sind gegeben durch die Rechtsinstitute des Schutzes der öffentlichen Sachen. Die Behörde bestimmt selbständig, was sie als eine öffentliche Sache behandeln will, und behauptet sich im Besitz durch die damit verbundene Polizeigewalt.

Der Staat oder wer an seiner Stelle steht, erscheint also im Eigentumsstreit immer in der Rolle des Verklagten.

Die Rollen können nicht verschoben werden dadurch, dafs statt der Eigentumsklage eine Besitzklage erhoben wird. Eine solche Klage hat sachlich die Natur einer Beschwerde über die polizeiliche Mafsregel, deren Aufhebung verlangt wird. Dazu aber ist das Civilgericht, an welches sie geht, mangels einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung nicht zuständig; es steht Behörde gegen Behörde[22].

---

[22] Die rechtliche Möglichkeit von possessorischen Interdikten wegen öffentlicher Sachen wird nicht von vornherein ausgeschlossen werden können. Der Besitz ist kein Recht civilrechtlicher Art, für welches diese Sachen, insbesondere die im öffentlichen Eigentum stehenden unzugänglich wären; er ist eine Thatsache, an welche Rechtserwerb und Rechtsschutz sich knüpfen; diese Thatsache kann auch enthalten sein in der Herrschaft, welche die Verwaltung in obrigkeitlicher Form über die Sache übt. Daher wir auch die Möglichkeit einer Ersitzung zu ihren Gunsten angenommen haben (oben Note 16). Die possessorischen Interdikte werden aber regelmäfsig gegenstandslos sein wegen der alles erdrückenden Macht der Polizei der öffentlichen Sache. Eine Besitzklage gegen die Verwaltung wegen einer Sache, die sie als öffentliche beansprucht und zurückholt, wäre nichts anderes als ein Versuch, diese Polizeigewalt durch das Gericht nachprüfen und brechen zu lassen. Das Preufsische Recht hat gerade für diese Fälle den Satz aufgestellt: gegen polizeiliche Verfügungen ist ein possessorium unzulässig. Darüber ausführlich Foerstemann, Pol.R S. 472 ff. Einer Besitzklage des Herrn der öffentlichen Sache gegen den Einzelnen, der ihn stört, steht die Polizei der öffentlichen Sachen nicht als ein Hindernis entgegen; sie wird durch diese nur überflüssig gemacht: eine Verwaltung, die sich selbst helfen kann und statt dessen die Gerichte anruft, würde eine gewisse Schwächlichkeit verraten. Bei untergeordneten Rechtssubjekten der öffentlichen Verwaltung ist das verhältnismäfsig leichter denkbar. Thatsächlich sehen wir auch solche Besitzklagen kaum vom Staate selbst, wohl aber häufig von Gemeinden erhoben. Das französische Recht erkennt z. B. an, dafs wenigstens wegen der Gemeindewege die Wahl freisteht zwischen Besitzklage und polizeilichem Einschreiten (Proudhon, domaine public, Bd. II, n. 269, 630). Einen bezeichnenden Fall behandelt O.Tr. 28. März 1873 (Str. 88, S. 341): Das Militär hat bei Errichtung eines Zaunes in die städtische Strafse übergegriffen. Die Stadt erhebt Besitzstörungsklage gegen den „Militärfiskus“, mit welcher sie durchdringt. Diese Klage war aber offenbar nur ein Verlegenheitsausweg. Hatte

Durch all das ist aber die Frage des Eigentums nicht berührt. Die Herrichtung und Verwaltung einer Sache als einer öffentlichen läfst das etwa noch vorhandene civilrechtliche Eigentum eines Andern bestehen. Die Inanspruchnahme der öffentlichen Sache bestimmt bindend nur diese ihre Eigenschaft, nicht die rechtliche Grundlage, auf welcher sie das ist. Die Polizei der öffentlichen Sache schafft und wahrt nur den äufserlichen Besitzstand.

Dieses Eigentum kann also noch von einem Andern behauptet und geltend gemacht werden; der Ort, an welchem das zu geschehen hat, ist naturgemäfs das Civilgericht; es wird die rei vindicatio erhoben gegen den besitzenden Verwalter der öffentlichen Sache [23].

---

die Militärbehörde im öffentlichen Interesse, z. B. zur Sicherung eines Festungswerkes, den Zaun errichtet, so gab es dagegen weder Polizei, noch Besitzklage; sie machte damit, um in der Sprache des preufsischen Rechtes zu reden, selbst eine polizeiliche Verfügung; es gab nur den Beschwerdeweg. Hatte sie aber gleich einem andern Eigentümer ein gewöhnliches Grundstück umzäunen lassen, so war die Wegepolizei am Platz. Das letztere war hier wohl der Fall, sonst hätte die Gemeinde auch mit der Besitzklage nicht durchdringen können. Aber sie fühlte sich offenbar nicht stark genug, gegen das Militär geraden Weges vorzugehen.

[23] Der umgekehrte Fall, dafs der Herr der öffentlichen Sache die rei vindicatio erhebt, kann nicht vorkommen. Wir müssen sogar annehmen, dafs das Recht der rei vindicatio ihm überhaupt nicht zusteht. Diese setzt civilrechtliches Eigentum voraus, und das liegt nicht vor. Es steht hier anders, wie bei der Besitzklage, die nur Thatsachen voraussetzt (oben Note 22). Dieser Grundsatz wird in der Praxis vielfach verdunkelt durch das Hereinspielen der Theorien, welche hinter dem öffentlichen Eigentum ein civilrechtliches des Fiskus oder ein „latentes“ civilrechtliches oder sonst etwas der Art annehmen, um das öffentliche Eigentum möglichst wieder nach Civilrecht zu behandeln. Bezeichnend für diese Auffassung, aber auch für die ungünstige Lage, in welche der Staat dabei gerät, ist ein Erk. des Ob.App.Ger. Kassel vom 18. Februar 1843 in S. Fiskus c. Treyan (Strippelmann, Samml. III, S. 260). Es führt aus: „dafs Wege zwar möglicherweise im Privateigentum des Staates sich befinden und durch die gewöhnlichen Eigentumsklagen verfolgt werden können, Appellant (Fiskus) aber seine Klage auf ein derartiges Privateigentum nicht stützt, vielmehr nur behauptet hat, dafs der Staat die fragliche Wegestrecke vor einigen Jahren unter die Landstrafsen, insbesondere in seine eigene (des Fiskus) Administration und bauliche Unterhaltung aufgenommen habe; hierdurch jedoch nur ein kraft der Staatsgewalt geltend gemachtes öffentliches Recht in betreff der fraglichen Wegestrecken folgt, welches nur uneigentlich als Eigentum bezeichnet und nicht durch die civilrechtlichen Eigentumsklagen geschützt werden kann.“ Also erst läfst man den Staat wegen seiner öffentlichen Strafsen mit der rei vindicatio kommen, weil er ja Eigentümer sein könnte, dann erklärt man, das sei doch kein richtiges Eigentum und weist ihn ab. O.Tr. 31. Dez. 1863 (Str. 51, S. 332): Die Gemeinde klagt gegen Beeinträchtigung ihres Weges durch eine vorgerückte Mauer. Der Vorderrichter hatte entschieden,

Dafs dieser behauptet, es liege gar kein civilrechtliches, sondern öffentliches Eigentum vor, ist gleichgültig. Die Klage ist nach ihrer eignen Grundlage zu beurteilen, mit der sie auftritt, und die ist hier die Behauptung civilrechtlichen Eigentums, gestützt auf den entfernteren Klagegrund, den Erwerbstitel. Der Verklagte kann den Klagegrund bestreiten oder einredeweise sich auf eignen Erwerb berufen, der das Recht des Klägers zerstört: Kauf, Enteignung, Ersitzung (oben Note 16).

Siegt der Kläger, so wird ihm das Eigentum zugesprochen. Das bedeutet, dafs öffentliches Eigentum nicht vorliegt; es bedeutet nicht, dafs durch die Klage und das Urteil öffentliches Eigentum zerstört wurde; es wird nur festgestellt, dafs nie solches da war.

Dadurch hört aber die Sache selbst nicht auf, eine öffentliche Sache zu sein, und eben deshalb erhält hier das Urteil des Civilgerichts eine besondere Beschränkung.

Das Urteil, welches sonst die Eigentumsklage zuspricht, verknüpft mit der Anerkennung des Eigentums zugleich eine zur Erzwingung bestimmte Herausgabepflicht. Das gilt auch dem Fiskus gegenüber. Aber hier ist nicht der Fiskus der Gegner. Die Frage der Herausgabe wendet sich an die Polizei der öffentlichen Sache, welch letztere als solche zunächst ja fortbesteht. In diese aber greift das gerichtliche Urteil nicht ein, so wenig mit der Auferlegung einer Herausgabepflicht, wie mit der Zusprechung einer Besitzstörungsklage. Beides ist wesentlich gleichartig; das Gericht ist nicht zuständig dafür. Die Sache würde auch nicht anders, wenn das Gericht, statt sich auf die Anerkennung des Eigentums zu beschränken, den Befehl zur Herausgabe ausdrücklich hinzufügte. Ob und wie weit herausgegeben werden kann, ist der Verwaltungsbehörde anheimgestellt; einstweilen bleibt die öffentliche Sache auch am fremden Eigentum noch aufrecht gehalten, als öffentlichrechtlicher Besitz kraft des Rechts der Polizei

dafs „ausschliefslich die Wegepolizeibehörde kompetent sei"; das Obertribunal läfst den Rechtsweg zu, wie es meint, in favorem der Gemeinde. O.Tr. 9. Dez. 1886 (Str. 23, S. 137): „Die Frage, ob ein Weg als öffentlich anzusehen sei, liegt nur im Gebiete der Verwaltung, der Polizei; die Staatsgewalt prozessiert nicht mit ihren Unterthanen über hoheitliche Rechte und Ausflüsse". Das ist wieder zu viel gesagt. Der bayr. Oberste G.H. hat in einer Kompetenzkonfliktssache unterm 17. Dez. 1872 entschieden, dafs die Gemeinde, welche einen Fahrweg in der behaupteten ursprünglichen Breite wieder hergestellt verlangt, nicht an die Verwaltungsbehörde um polizeilichen Schutz, sondern an die Gerichte sich zu wenden habe mit der rei vindicatio. Das war ein Abfall von der bisherigen Praxis, veranlafst durch eine lebhaft geführte Polemik Luthardts; vgl. unten Note 24; Bl. f. adm. Pr. 1873, S. 127.

der öffentlichen Sache. Es wäre also falsch, die Verweigerung der Herausgabe des vindicierten Stückes Festungswerk oder Strafsenkörper als einfache Gewaltthat aufzufassen. Hier ist ein öffentlichrechtliches Rechtsinstitut im Spiele, das von der Herausgabepflicht entbindet. Der Gerechtigkeit gegenüber dem Eigentümer mufs in anderer Weise Genüge geschehen: das billige Ermessen der Verwaltungsbehörde und der oberen Instanzen und vor allem die Entschädigungspflicht der Staatskasse (unten § 53) schützen gegen den Mifsbrauch[24].

III. Die Endigung des öffentlichen Eigentums entspricht in ihrer rechtlichen Gestalt der Entstehung. Wenn die Entstehung sich daran knüpft, dafs die sämtlichen Voraussetzungen des öffentlichen Eigentums zusammenkommen, so wird die Endigung gegeben sein, sobald eine davon wegfällt.

Von diesen Voraussetzungen kann die eine, die umfassende rechtliche Macht über die Sache, das Eigentum, nach der bestehenden Rechtsordnung nicht wohl für sich allein in Wegfall kommen.

Die Endigung wird also wesentlich nur dadurch herbeigeführt werden, dafs die Sache aufhört, der öffentlichen Verwaltung in dem besonderen Sinn der öffentlichen Sache zu dienen, sei es, dafs sie die nötige äufserliche Beschaffenheit verliert, sei es, dafs die Verwaltung sie diesem Zwecke nicht mehr gewidmet haben will.

Die Erklärung, in welcher dieses letztere zum Ausdruck kommt,

---

[24] Vgl. unten § 41, Note 12. Diese Einschränkung der Eigentumsklage zeigt sich zumeist in der Form wirksam, dafs das Gericht sich unzuständig erklärt, die Herausgabe der öffentlichen Sachen gegen die Verwaltung anzuordnen und zu erzwingen. In Bl. f. adm. Pr. 1870, S. 366 ff., wird eine Reihe von Entscheidungen des bayr. Obersten G.H. angeführt, die sich mit Eigentumsklagen wegen öffentlicher Sachen beschäftigen und sie in diesem Sinne zurückweisen. Der Herausgeber Luthardt begleitet dieselben mit sehr bemerkenswerten Erörterungen, in welchen er auf das kräftigste gegen die darin vertretenen Grundsätze ankämpft und aufstellt: sobald einmal die Klage sich auf Eigentum gründet, müssen die Gerichte zuständig sein. Allein die Gerichte sind wohl berufen, jeder Zeit die Klage nach ihrem wahren Ziele zu würdigen. Wenn der Kläger blofs verlangt, als Eigentümer anerkannt zu sein, und die Verwaltung bestreitet, dafs er es sei, so mufs das Gericht entscheiden. Wenn die Klage aber geht auf Freigabe der Sache, weil Kläger Eigentümer sei, und die Verwaltung entgegnet: die Sache sei eine öffentliche Strafse, oder ein Festungswerk oder ein Teil eines öffentlichen Flusses, so wird das Gericht sich fragen müssen: streiten die Parteien über Eigentum oder streiten sie nur über die Herausgabepflicht. Der Bayrische Oberste Gerichtshof hat überall das letztere angenommen und die Unzuständigkeit der Gerichte alsdann mit Recht erkannt. Der vorsichtige Kläger, wird, sobald ihm die Einrede der öffentlichen Sache entgegentritt, durch Beschränkung seiner Klage auf die Feststellung des Eigentums den Streit auf civilrechtlichem Gebiete festhalten.

nennen wir die Auflassung der öffentlichen Sache, Strafse, Festungswerk oder was es sonst sein mag. Die Auflassung geschieht durch die Behörde, welcher die öffentliche Sache unterstellt ist: Strafsenverwaltungsbehörde, Militärbehörde, Gemeindebehörde; an ihre Stelle kann auch der Privatunternehmer treten, sofern ihm die Verwaltung eines öffentlichen Eigentums zusteht. Die Auflassung bildet das Gegenstück der Widmung, ist wie diese eine Verfügung über die Sache, kein Verwaltungsakt[25].

Das andere, der Verlust der nötigen Beschaffenheit, tritt daneben als selbständiger Endigungsgrund des öffentlichen Eigentums sehr zurück. Wenigstens bei denjenigen Sachen, deren Geeignetheit auf einer Herrichtung und Instandhaltung beruht, — und das sind die meisten —, würde es sehr bedenklich sein, jede Vernachlässigung und Verwahrlosung immer schon als Grund ihres Austrittes aus dem Bereiche des öffentlichen Rechtes gelten zu lassen. Es wäre auch gar nicht richtig gedacht, so zu verfahren: schlechte Verwaltung ist immer noch Verwaltung. Die Thatsache, dafs der Weg, das Festungswerk u. s. w. in Unstand gekommen ist, wird deshalb richtiger nur soweit hier bedeutsam werden, als daraus der andere Endigungsgrund, die Auflassung, sich ergiebt, wofür jener Zustand eine hinreichende Vermutung begründen mag. Wir sehen also darin nur eine stillschweigende Auflassung neben der förmlichen, welche die Regel bildet[26].

[25] Auch ohne Verwaltungsakt zu sein, ist die Auflassung eine Mafsregel der öffentlichen Verwaltung, wie die Widmung, und als solche gerichtlich nicht angreifbar; R.G. 17. März 1881 (Samml. IV, S. 279). Was wir hier Auflassung nennen, wird auch mit den Ausdrücken: Kassierung, Deklassierung, Einziehung, Ausreihung bezeichnet.

[26] Es könnte fraglich sein, ob nicht auch andere Arten stillschweigender Auflassung anzuerkennen wären aufser der Verwahrlosung. Aber man wird sofort erkennen, dafs es sehr gefährlich wäre für die ganze Ordnung dieses Rechtsgebietes, wenn man den Schlufsfolgerungen auf einen vorhandenen Auflassungswillen zu viel Raum geben würde. Die wichtigste Art von facta concludentia wären ja schliefslich gerade die civilrechtlichen Veräufserungsgeschäfte und wir kämen so auf einem nur in Gedanken zurückzulegenden Umwege einfach auf die freie Veräufserlichkeit des öffentlichen Eigentums zurück. In der oben Note 12 angeführten Entscheidung wird deshalb mit Recht aufgestellt: ein öffentlicher Weg bleibe was er ist, „so lange nicht die Aufhebung des öffentlichen Weges in einer von den Verwaltungsbehörden anerkannten Weise ausgesprochen und bestätigt ist“. Die stillschweigende Aufhebung tritt nur dann in die Lücke, wenn die Thatsachen geradezu zwingen, eine Auflassung anzunehmen auch ohne Formen, und das ist eben nur der Fall bei jener Verwahrlosung.

Eine Aufhebung der Eigenschaft als öffentliche Sache unmittelbar durch Veränderung der Beschaffenheit erscheint nur bei den natürlichen öffentlichen Sachen und auch da nur in Form einer Verschiebung der Grenzen: das frei werdende Gelände bei einer Änderung des Flufslaufes, des Meeresstrandes, des Seeufers besitzt nicht mehr die Merkmale der öffentlichen Sache. Die äufserliche Thatsache wirkt für sich allein ohne alle Willensauslegung[27]. —

Entsprechend der verschiedenen Art, wie die Aufhebung der öffentlichen Sache vor sich geht, bestimmt sich auch der Zeitpunkt verschieden, in welchem diese Änderung als vollzogen anzusehen ist.

Geschieht die Auflassung durch Beschlufs der Behörde, so wird sie wirksam in dem Augenblicke, in welchem dieser Beschlufs nach aufsen sich kundgiebt: das kann durch eine Bekanntmachung geschehen oder durch Wegnahme der Zeichen, welche die Bestimmung der Sache andeuteten, durch Absperrung für den Verkehr bei Strafsen, umgekehrt durch Freigabe des Zutritts bei Festungswerken. Irgendwie mufs der Beschlufs zu Tage getreten sein, um zu wirken; an die Formen der Kundgabe der Verordnung oder des Verwaltungsaktes ist er nicht gebunden.

Weniger bestimmt erkennbar ist der entscheidende Zeitpunkt bei der stillschweigenden Auflassung, welche in dem Verfallenlassen und Verwahrlosen liegt. Dieses thatsächliche Verhalten dient hier nicht als Kundgabe eines ohnehin vorhandenen Willensentschlusses, sondern dieser soll erst aus ihm gefolgert werden. Es mufs also so entschieden auftreten, dafs eine andere Auslegung, die Annahme blofser Säumigkeit

---

[27] v. Stengel, V.R. S. 54, unterscheidet wieder wie bei der Widmung: Aufhebung der Eigenschaft der öffentlichen Sache durch Gesetz, durch behördliche Verfügung und dadurch, dafs sie thatsächlich nicht mehr als solche behandelt wird. Die beiden letzten Arten sind die Auflassung, die ausdrückliche und die stillschweigende; ein Untergang der öffentlichen Sache durch gesetzliche Bestimmung dürfte nicht nachzuweisen sein. Der weitere Grund, den v. Stengel hier noch hinzufügt und der kein Seitenstück in der Widmung hat: Untergang des Gegenstandes, an welchem die Eigenschaft der öffentlichen Sache haftete, ist wohl nicht als ein selbständiger zu denken. Anwendungsfälle dafür könnten nur bei Bauwerken, Brücken oder Kirchen gesucht werden; aber auch hier wird es wohl eher das Verfallenlassen und Nichtwiederinstandsetzen, also die stillschweigende Auflassung sein, was wirkt. Wenn freilich die Sache ganz und gar verschwindet, also etwa die Holzbrücke durch Feuer zerstört wird, so ist alles aus. Das ist aber bei allen dinglichen Rechten so und keiner besonderen Erwähnung würdig.

und die Möglichkeit einer noch vorhandenen Absicht der Wiederinstandsetzung ausgeschlossen ist.

Ähnlich wird auch bei natürlichen öffentlichen Sachen die thatsächliche Veränderung nur dann wirken, wenn sie als eine endgültige erscheint: die Insel im Flufs, der freigewordene Meeresstrand hört erst dadurch auf, zur öffentlichen Sache zu gehören, wenn die neue Gestaltung einen gewissen Bestand zeigt. —

Die Bedeutung der Aufhebung der Eigenschaft einer öffentlichen Sache für das Recht an der Sache wird eine verschiedene sein, je nach der Art wie der Dienst derselben für die öffentliche Verwaltung bisher juristisch begründet war.

Beruhte dies bisher lediglich auf der Thatsache des öffentlichrechtlichen Besitzes, so hat dieser mit der Auflassung seine Berechtigung und seine Kraft gegenüber dem Eigentum, das er belastete, eingebüfst. Es ist anzunehmen, dafs mit der Auflassung zugleich der Besitz aufgegeben wird; wo nicht, so entsteht jetzt die einfache Pflicht zur Herausgabe, welche der Eigentümer auf dem Wege der Eigentumsklage erzwingt.

Bestand eine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit an der Sache, so wird sie durch die Auflassung zugleich thatsächlich aufser Anwendung gesetzt sein. Es kann sich damit ein Verzicht auf das Recht selbst verbinden; das ist Thatfrage. Wo nicht, so bleibt das Recht der Dienstbarkeit als civilrechtlicher Anspruch bestehen: das Nähere in der Lehre von den öffentlichen Grunddienstbarkeiten (unten § 40).

War endlich die Sache in Form des öffentlichen Eigentums der umfassenden rechtlichen Macht ihres Verwalters unterworfen, so verliert jetzt dieses Eigentum das, was seine Zugehörigkeit zum öffentlichen Rechte bestimmte. Es folgt seinem natürlichen Schwerpunkt und unterliegt fortan der Beurteilung nach Civilrecht.

Der bisherige Eigentümer bleibt Eigentümer. Er ist es, der nunmehr Veräufserungsgeschäfte vornehmen und überhaupt nach den Regeln des Civilrechts über die Sache verfügen kann [28].

Die Umwandlung selbst darf man sich nicht vorstellen als ein

---

[28] Am öffentlichen Flusse hat sich die Idee eines öffentlichen Eigentums des Staates verhältnismäfsig spät entwickelt (oben § 35, Note 10) und noch nicht so befestigt. Hier finden wir gern noch die alte Auffassung einer res nullius oder eines Eigentums der Angrenzer, welches durch die hoheitliche Beherrschung der Sache für ihren Zweck verdeckt wird, so lange sie ihm dient. Bei Änderung des Bettes kommen dann statt civilrechtlichen Eigentums des Staates jene anderen Rechtsbeziehungen zum Vorschein. So O.Tr. 24 Nov. 1870 (Str. 81, S. 73); Regelsberger, Pand. I, S. 425.

Freiwerden civilrechtlichen Eigentums, das bisher nur durch den öffentlichen Zweck verdeckt war: civilrechtliches Eigentum hatte bisher niemand an der Sache[29].

Richtiger, aber ganz einseitig ist die Auffassung des Vorganges als eines Eigentumserwerbsaktes. Vom Standpunkte des Civilrechts aus ist ja wirklich bisher nichts dagewesen und aus dem Nichts entsteht durch die Auflassung ein Eigentum, welches es anerkennt und ordnet. Wenn das öffentliche Recht die nämliche fesselnde Kraft der Einseitigkeit auf seine Wissenschaft übte, so würde diese den umgekehrten Satz aufstellen müssen: Eigentum geht unter durch die Auflassung.

In Wahrheit bleibt das Wesen des Eigentums, die umfassende rechtliche Macht über die Sache, hier unverändert bestehen. Die Regeln für die weitere Ordnung der daran sich knüpfenden rechtlichen Beziehungen allein werden gewechselt.

§ 37.

Gebrauchsrechte an öffentlichen Sachen; der Gemeingebrauch.

Die öffentlichen Sachen dienen der Verwaltung für gemeinnützige Zwecke. Je nachdem wird dieser Zweck möglicherweise dadurch erfüllt, dafs die Sache den einzelnen Unterthanen Dienste leistet. Wo das nicht der Fall ist, kann die Sache wenigstens neben dem Hauptzweck den Einzelnen dienstbar gemacht werden.

Die Form, in welcher diese Vorteile den Einzelnen rechtlich vermittelt werden, hängt selbstverständlich auf das innigste zusammen mit der Art, wie die rechtliche Zugehörigkeit der öffentlichen Sache selbst gedacht und geordnet ist.

Auf der heutigen Stufe des Verwaltungsrechts beruht das Wesen der öffentlichen Sache in der öffentlichrechtlichen Herrschaft des Staates oder eines ihm gleichartigen Rechtssubjektes.

Was den Einzelnen davon rechtlich zukommen soll, ist diesen Rechtssubjekten gegenüber zu begründen und kann nur begründet werden in den Formen des öffentlichen Rechts. Soweit haben uns schon die bisherigen Untersuchungen geführt; vgl. oben § 35, II; § 36, II n. 2.

---

[29] In diesem Sinne spricht Rüttimann, Gutachten betreffend die Rechte an den Baseler Festungswerken, S. 17, von dem „latenten gewissermafsen schlummernden Eigentum an den Festungswerken“, welches durch die Auflassung derselben verfügbar werde.

Wenn wir aber jetzt diese Vorteile der Einzelnen aus öffentlichen Sachen genauer betrachten wollen, so müssen wir beginnen mit einer Ausscheidung. Nicht alles, was die öffentliche Sache zu leisten hat, gehört hierher. Nur was die Sache unmittelbar selbst erfafst, steht unter der ausschliefslichen Herrschaft des öffentlichen Rechts, nicht aber äufserliches Zubehör und zur Loslösung bestimmte Teile.

Gegenstände der letzteren Art können in Formen des Civilrechts veräufsert und einem Erwerber zur Verfügung gestellt werden. Insofern dem Erwerber überlassen wird, sich selbst des ihm Abgetretenen zu bemächtigen, sprechen wir von einem Nutzungsrecht an der öffentlichen Sache, das ihm eingeräumt ist. Die Begründung dieser Nutzungsrechte geschieht durch civilrechtlichen Kaufvertrag oder Pachtvertrag. Wir sehen z. B. die Grasnutzung an Wegen, Flufsufern und Kanalböschungen, sogar an Festungswerken verkauft und verpachtet werden. Der Obstertrag an den Bäumen längs der Landstrafse, die Weidennutzung am Strombette und -Ufer, die Eisgewinnung am Kanal werden in derselben Weise behandelt. Ebenso das Recht der Jagd und der Fischerei. Der daraus erzielte Gewinn bildet einen Nebenvorteil des Herrn der öffentlichen Sache. Uns geht das alles hier nichts weiter an.

In unser Gebiet gehört nur die andere unvergleichlich wichtigere Art von Vorteilen der Einzelnen, die, wobei die Sache selbst mit ihrem Körper dem Interesse der Einzelnen dienstbar gemacht und von diesen gebraucht wird. Insofern diese Vorteile in Formen des Rechts bestimmt und geordnet sind, sprechen wir von Gebrauchsrechten an der öffentlichen Sache. Damit soll noch nichts darüber gesagt sein, inwiefern sie die Bezeichnung als subjektive Rechte in einem strengeren Sinne wirklich verdienen. Es sind eben öffentliche Rechte mit sehr verschiedenen Graden der „Individualisierung". Vgl. darüber oben § 9.

Die Gebrauchsrechte an der öffentlichen Sache erscheinen ihrer verschiedenen Grundlage gemäfs in dreierlei Gestalt. Wir unterscheiden: Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Verleihung. Von dem ersteren ist hier zunächst die Rede.

I. Gewisse öffentliche Sachen, bei weitem nicht alle, sind dem Rechte des Gemeingebrauchs unterworfen. Was ist das für eine Art von Recht?

Wir dürfen zum Ausgangspunkt eine Ordnung der Dinge nehmen, bei welcher diese Frage auf die einfachste Weise gelöst wird. Die wichtigsten öffentlichen Sachen treten ursprünglich auf als gemeinsame Anstalten örtlicher Vereinigungen: Wege, Plätze, Brücken, Gemeinde-

brunnen sind genossenschaftliches Eigentum. Die Mitglieder der Genossenschaft, indem sie solches bestimmungsgemäfs benutzen, üben nur ihr unmittelbares genossenschaftliches Recht daran aus (vgl. oben § 35, I n. 1).

Das verschwindet mit der schärferen Ausprägung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, vor allem des Staates selbst in seiner Doppelgestalt. Der Fiskus ist der Eigentümer der öffentlichen Sachen; der Staat aber verpflichtet ihn, den Unterthanen den Gebrauch zu lassen und wacht über der Erfüllung dieser Pflicht. Dadurch ist der Fiskus gebunden; ob in dem Sinn, dafs den Unterthanen gegen ihn ein Rechtsanspruch darauf zustünde, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist es von seiten des Staates nichts als eine freie Wohlthat, eine Verstattung, welche er ihnen zuwendet. Als Ausflufs davon ist der Gemeingebrauch das Gegenteil eines eigenen Rechts[1].

Im Rechtsstaate ist nun wieder ernstlich die Rede von einem Rechte des Gemeingebrauchs auch der öffentlichen Gewalt gegenüber. Die Frage ist aber nun vor allem: woher kommt dieses Recht? worauf gründet es sich? Es läge scheinbar am nächsten, einfach an die unmittelbar vorausgehende Auffassung anzuknüpfen und das Recht des Gemeingebrauchs zurückzuführen auf die Verstattung des Staates[2]. Allein in diesem Sinne war die Verstattung nie gemeint. Der Staat hat den Gemeingebrauch nur geduldet und geschützt, wie er ohnehin galt. Ein Akt, der als eine Rechtsbegründung genommen werden könnte, ist überall nicht nachzuweisen.

Die Gesetzestexte, welche den Gemeingebrauch erwähnen (unten Note 1), darf man nicht dafür anrufen. Der Gemeingebrauch bestand an den preufsischen Landstrafsen schon vor der Bestimmung des A.L.R. II, 15 § 7 und wurde durch diese nichts anderes. Er besteht auch geradeso in Rechtsgebieten, für die eine gesetzliche Erwähnung dieser Art überhaupt nicht vorliegt, z. B. im französischen.

---

[1] A. L.R. II, 15, § 7: „Der freie Gebrauch der Land- und Heerstrafsen ist einem jeden zum Reisen und Fortbewegen seiner Sachen gestattet." Österr. B.G.B. § 287: „Jene (Sachen), die ihnen (allen Mitgliedern des Staates) nur zum Gebrauche verstattet werden, heifsen öffentliches Gut." Für die Art, wie das Verhältnis zwischen Staat und Fiskus dabei gedacht ist, giebt R.G. 23. Febr. 1880 (Samml. I S. 366) ein Beispiel; vgl. oben § 35 Note 11.

[2] Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 337: „Die Benützung der Strafse ist die Ausübung einer von der Staatsgewalt eingeräumten Befugnis." Burkhardi in Ztschft. f. Reichs- u. Landes-R. I S. 107; von Älteren vor allem Maurenbrecher, D. Pr.R. § 156.

Neuere Gesetze, wie z. B. das bayrische Wasserbenutzungsgesetz v. 24. Mai 1852, art. 9, behandeln den Gemeingebrauch in der deutlichen Absicht, nur seinen Inhalt genauer festzustellen; dafs dieses Recht überhaupt bestehe, also aufserhalb einer gesetzlichen Gewährung entstehe, ist schon vorausgesetzt.

Man könnte also die Gewährung vielleicht verknüpfen wollen mit der Indienststellung der einzelnen öffentlichen Sache: die Widmung enthielte zugleich die Rechtsbegründung. Allein bei manchen Arten von öffentlichen Sachen, die dem Gemeingebrauch unterliegen, kommt eine Herrichtung und Widmung überhaupt nicht vor. Und wo sie vorkommt, ist sie nichts anderes als eine thatsächliche Verwendung, die der Herr der Sache von ihr macht (oben S. 86). Ein Akt von rechterzeugender Kraft liegt darin nicht vor. Freilich gewährt der Staat dadurch den Einzelnen etwas; er giebt ihnen thatsächliche Möglichkeiten, und sofern das Recht des Gemeingebrauchs besteht, schafft er jetzt die Voraussetzungen dafür, damit dieses Recht einen neuen Gegenstand erfasse; aber das Recht selbst begründet er nicht dadurch.

Die Idee einer staatlichen Rechtsgewährung mufs man also ganz aus dem Spiele lassen. Das Recht des Gemeingebrauchs besteht ohne eine solche von selbst[3].

Deshalb hat man es mit gutem Grunde für angemessener gehalten, noch weiter zurückzugehen. Wenn der Gemeingebrauch wirklich ein Recht vorstellen soll, findet er seinen Zusammenhang viel eher im alten genossenschaftlichen Rechte; da ist er ein gegebenes, dem Einzelnen eigenes Recht, nicht verliehen, sondern mitgebracht — ein droit préexistant, nach der französischen Einteilung, im Gegensatz zu einem droit acquis. Die Formel, die man dafür giebt, ist also die: das Recht des Gemeingebrauchs ist begründet durch die Mitgliedschaft in der Gesamtheit, mag diese nun Genossenschaft oder Gemeinde oder Staat sein[4].

---

[3] Die innere Unwahrheit der Idee einer Begründung des Gemeingebrauchs auf staatliche Gewährung erweist sich am deutlichsten daraus, dafs ihre Anhänger von einer Gewährung sprechen, die der Staat machen mufs. So Maurenbrecher, D. Pr.R. § 156: „öffentliche Sachen sind Staatseigentum, aber den Gebrauch mufs der Staat den Unterthanen überlassen.“ Dieses Mufs würde sich selbst erst wieder aus einem vorher bestehenden Rechte erklären lassen.

[4] Dernburg, Preufs. Pr.R. I S. 597: „die Benützung der Gemeindewege ist ein Recht der Gemeindemitgliedschaft“; Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand. Buch 43 u. 44, IV, 1 S. 38, 46: die Benützung der öffentlichen Sachen des Staates steht den Einzelnen zu „nicht kraft eines persönlichen Privatrechts, sondern kraft

Allein eine solche einfache Rückkehr zu der alten genossenschaftlichen Grundlage läfst sich nicht durchführen. Bedarf es überhaupt der Mitgliedschaft zu dem bestimmten geordneten Gemeinwesen, um das Recht des Gemeingebrauchs an seinen öffentlichen Sachen zu haben? Offenbar ist das nicht der Fall. Es genügt, dafs man zu jener grofsen Gesellschaft gehöre, die als „das Publikum" der öffentlichen Gewalt gegenübersteht. Also das Publikum, sagt man, hat das Recht auf den Gemeingebrauch und der Einzelne übt ihn aus namens des Publikums, davon er eben ein Mitglied ist[5].

In dieser Erscheinung des Publikums haben wir wohl den letzten Ausläufer der alten Genossenschaftsidee zu begrüfsen, womit sich diese nun gänzlich verflüchtigt. Denn dafs das Publikum ebensowenig ein Rechtssubjekt als eine abgegrenzte Gesamtheit ist, war ja leicht zu erkennen. Und so mufste man sich denn zuletzt wohl entschliefsen, die unverhüllte Wahrheit anzuerkennen: dafs dieses Recht einfach jedermann zusteht, dem Menschen als solchem[6].

Also ein ursprüngliches, nicht verliehenes, von selbst bestehendes Recht für jedermann, ein angeborenes Recht, ein Menschenrecht auf Gebrauch der öffentlichen Sachen! Wie ist das denkbar?

Die Schwierigkeit glaubt man häufig damit gelöst zu haben, dafs man sagt: es sei eben ein publizistisches Recht, ein öffentlichrechtlicher, verwaltungsrechtlicher Anspruch — offenbar mit dem Hintergedanken, dafs man es mit einem solchen nicht so genau nehmen dürfe[7]. Da können wir nicht mitthun.

Die Civilisten bemühen sich redlich, diesem Recht eine feste

---

ihres Bürgerrechts"; Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 23: gegenüber allen juristischen Personen, welche öffentliche Sachen besitzen, hat der Einzelne das Recht der Benützung „als Glied der Gesamtheit".

[5] Wappäus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 112, 113. Jhering, Gutachten zum Baseler Schanzenstreit S. 38, macht ja deshalb das „Publikum" geradewegs zum Eigentümer der öffentlichen Sache (oben § 35 Note 8). Vgl. auch O.Tr. 12. Juni 1852 (Str. 4 S. 244); O.Tr. 28. März 1873 (Str. 88 S. 341). Auch die Franzosen drücken sich gern so aus; Proudhon, dom. publ. I n. 220: „un droit d'usage ou d'usufruit établi sur ce fonds au profit du public."

[6] R.G. 13. Jan. 1882 (Reger III S. 93): „das an öffentlichen Wegen jedermann zustehende Recht, welches, obgleich es publizistischer Natur ist, nach gemeinem Rechte auch privatrechtlich gegen Störungen geschützt ist." Bekker, Pand. I S. 341: „Rechte, die allen zukommen".

[7] R.G. 13. Jan. 1882 (Reger III S. 93); R.G. 23. Febr. 1880 (Samml. I S. 366): „eine öffentlichrechtliche Befugnis"; Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 337: „kein Privatrecht, sondern ein verwaltungsrechtlicher Anspruch"; ebenda 1874 S. 43: „kein klagbares Privatrecht, sondern blofs (!) eine administrative Befugnis".

Gestalt zu geben, indem sie den Begriff der Servitut darauf passend machen wollen. Es könnte nur eine persönliche Servitut sein, auch die ohne bestimmtes Subjekt. Nun fehlt aber diesem Recht auch noch das bestimmte Objekt, — und das wird doch selbst für eine uneigentliche, analoge Quasi-Servitut zu viel. Denn betrachten wir es genauer, so geht es durchaus nicht wie ein dingliches Recht auf den Gebrauch eines bestimmten Grundstückes. Die Sache kann ihm durch eine willkürliche Verfügung ihres Herrn jederzeit entzogen werden. Ebenso beliebig wird ihm eine neue Sache wieder unterlegt. Die einzelnen Gegenstände wechseln also, das Recht haftet nicht an ihnen. Es bezieht sich immer nur auf die jeweils bestehenden öffentlichen Strafsen, Plätze, Kanäle u. s. w.[8].

Und was bedeutet es nun diesen gegenüber? Es bedeutet nicht, dafs irgend etwas an der Sache gemacht, geordnet, darüber verfügt werden könne. Seine ganze Kraft erscheint in dem einen Punkte allein: dafs der Berechtigte, d. h. jeder Mensch von dem Herrn der Sache als solchem nicht gehindert werden kann, auf der Sache, so wie sie ist, sich zu bewegen, seine Habe darauf fortzubewegen oder verweilen zu lassen, kurz, allerlei Äufserungen seiner Lebensthätigkeit der Sache gegenüber frei zu entwickeln. Die Schranke, die sonst das fremde Eigentum solchen Einwirkungen setzt, ist hier in gewissem Mafse nicht vorhanden; oder sagen wir es genauer, denn was hier die Schranke setzt und aufrechthält, ist ja nichts anderes als die Polizei der öffentlichen Sache: der öffentlichen Gewalt gegenüber besteht hier ein gewisses Gebiet der Freiheit für jeden Einzelnen, und das ist einzig der Inhalt des Rechtes, das hier in Frage ist. Dieses Recht besteht aber nicht gegenüber der Polizeigewalt allein, es besteht eben-

[8] Ubbelohde a. a. O. S. 174: „ein dingliches, einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnliches Recht“; S. 175: „Quasiservituten mit der wesentlichen Verschiedenheit von eigentlichen Servituten, dafs sie ohne weiteres erlöschen, sobald die Behörde den Gemeingebrauch aufhebt“. Vorsichtiger Bekker, Pand. S. 382: „das Objekt des Rechts im vorliegenden Falle ist eine Sache, das Recht selber also ein dingliches. Es ist aber ein Recht besonderer Art, da es vom Einzelnen nicht erworben, noch verloren werden kann“; S. 343: „mit der Aufhebung des Gemeingebrauchs erlöschen diese Rechte ohne weiteres“. — Die Servitut spielt namentlich eine grofse Rolle zur Erklärung des Gemeingebrauchs an der Strafse für angrenzende Gebäude; davon unten IV n. 2. — Die französischen Schriftsteller sind übrigens mit der Verwertung des Servitutenbegriffs hier noch viel unbesorgter; Proudhon, dom. publ. I n. 16: „ils (ces immeubles) sont affectés au profit de tous indistinctement à un véritable droit d'usage, servitude personnelle, dont l'exercice est réglé par les lois de police.“ Damit darf man es bei ihnen nicht so genau nehmen.

so und in gleichem Maſse gegenüber jedermann. Von jedermann kann ich fordern, daſs er mich nicht hindere, die öffentliche Sache zu gebrauchen, auf der öffentlichen Straſse zu gehen und zu fahren u. s. w. Das Gegenteil wäre ein rechtswidriger Eingriff in meine Rechte, dem ich mit Selbsthülfe, durch Anrufung des Schutzes der Polizeigewalt, durch civilrechtliche Klage auf Unterlassung und Schadensersatz begegnen kann[9]. Also ein absolutes Recht ist in Frage. Dieses absolute Recht kann seinen Mittelpunkt aber nicht haben in der dinglichen Herrschaft über eine bestimmte Sache; denn eine solche besteht ja nicht, sondern einzig und allein in der Persönlichkeit dessen, der es ausübt. Und zwar ist dieses Recht von vornherein und selbstverständlich verbunden mit jeder Persönlichkeit, mit jedem rechtsfähigen Subjekt. Es kann auch von dieser nicht gelöst werden: es ist kein Gegenstand der Vererbung noch der Veräuſserung, es ist unübertragbar und unverzichtbar.

So ist das Recht des Gemeingebrauchs gestaltet, das wir hier vor uns haben. Was es aber demnach für eine Art von Recht ist, kann nicht in Zweifel stehen. Es paſst darauf keine von den fest ausgeprägten Formen civilrechtlicher Befugnisse, auch ein subjektives öffentliches Recht im strengen Sinne des Wortes (oben § 9, III) ist nicht darin gegeben. Der Anspruch, öffentliche Sachen in gewissem Maſse zu gebrauchen, ist nichts anderes als ein Stück der persönlichen und wirtschaftlichen Freiheit, mit welcher der Mensch in unserer bürgerlichen Gesellschaft, der öffentlichen Gewalt wie den Mitmenschen gegenüber, ausgestattet erscheint, mit welcher er darin aufgenommen ist, als der Voraussetzung für alles Übrige[10].

---

[9] Landsberg, Injuria und Beleidigung S. 104: „noch heute ist mit der actio injuriarum aestimatoria verfolgbar, wer irgend jemanden im Genusse oder Gebrauche der öffentlicher Benützung unterworfener Sachen stört". Ubbelohde a. a. O. S. 201 hält die Injurienklage für überflüssig, da heut zu Tage jede Störung des Gemeingebrauchs immer unter irgend eine Bestimmung des Strafgesetzbuchs falle; wenn sonst gar nichts paſst, wird man „doch in solchem Treiben immer einen groben Unfug erblicken". Gerade an die Strafbarkeit würde sich aber erst recht eine Schadensersatzklage des Verletzten anschlieſsen müssen. Im einzelnen hängt natürlich alles davon ab, ob das Civilrecht die Schadensersatzpflicht ex delicto freier oder enger bestimmt. Über diese Frage vor allem die trefflichen Ausführungen bei v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 427 ff., 501 ff.

[10] Das Beste, was darüber gesagt ist, findet sich wohl bei v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 429 ff.: „wenn jemand von der Teilnahme an den Einrichtungen des menschlichen Lebens, die allgemein jeder Person als solcher zustehn, ohne zureichenden Grund ausgeschlossen wird", ist das Nichtanerkennung der Persönlichkeit und als solche Rechtsverletzung. „Es gehört dahin der Gebrauch der öffent-

Daſs derartig Vorausgesetztes vielfach in unsere formulierte Rechtsordnung hereinragt, ist eine nicht wegzuleugnende Thatsache, mag sie auch bei dem wohlgeschulten Juristen einer erklärlichen Abneigung begegnen. Es läſst sich gar manches nur so erklären.

Das Civilrecht setzt in seiner Deliktslehre eine solche geschützte Rechtssphäre voraus, ein Recht der Persönlichkeit und ihrer Einzelwirtschaft, in welches einzugreifen Unrecht ist. Der Schädiger ist gedeckt, wenn er ein Recht dazu nachweist; als solches Recht wird ihm aber wieder alles angerechnet, was nach unserer gesellschaftlichen Ordnung in der jedem zustehenden freien Bewegung begriffen ist. Und umgekehrt, wer Schadensersatz verlangt, weil er von dem Anderen „in seinen Rechten“ verletzt sei, braucht kein formulirtes Recht darzuthun. Auch bloſse Interessen sind geschützt, die um die Person herum sich entfalten. Welche und wie weit? Die Grenze findet der Richter ohne einen Rechtssatz, der ihn anleitet, aus der gegebenen Anschauung von dem, was in unserer bürgerlichen Gesell schaft als ein solcher zu achtender Interessenkreis des Einzelnen gegenüber den Anderen gilt. Im Bedürfnis nach Formulierung sucht ja unsere Wissenschaft daraus wieder besondere Individualrechte zurechtzuschneiden; mehr als ein bloſser Name ist damit kaum gewonnen. Aber von dieser Art und in dieser Weise geschützt ist auch der Gemeingebrauch[11].

Ebenso rechnen wir im öffentlichen Rechte mit einem feststehenden gegebenen Kreise der freien Bewegung und der geschützten Interessen des Einzelnen. Der Verfassungsstaat hat uns daran gewöhnt, daſs Eingriffe in die Freiheit und das Eigentum nur zulässig sind auf Grund des Gesetzes. Wie weit geht der geschützte Kreis? Was ist die Freiheit? Teilweise mag es ja wieder durch Verfassungsbestimmungen und gesetzliche Rechtssätze ausdrücklich formuliert sein. Diese Bestimmungen sind aber selbst erst geschöpft aus gewissen allgemeinen Anschauungen über das, was der Mensch als selbstverständliches Freiheitsgebiet in unserem Staate mit auf die Welt bringt, und über die natürliche Grenze davon. Und diese Anschauungen

lichen Wege, des öffentlichen Wassers u. s. w.“ Geschieht der Ausschluſs des Einzelnen durch Verfügung der Verwaltungsbehörde, so ist das „eine Verletzung seiner Persönlichkeit“, „ein rechtlich unbegründeter Eingriff in ein subjektives Recht“. Hierin ist die ganze Grundidee des Rechts des Gemeingebrauchs enthalten; wegen des Ausdruckes „ein subjektives Recht“ dürfen wir ja unsere Vorbehalte machen.

[11] Kohler, der eifrigste Vertreter des „Individualrechts“, nimmt denn auch ganz folgerichtig den Gemeingebrauch mit darunter: Autorrecht S. 130, 133.

stehen ergänzend daneben; es wäre ein folgenschwerer Irrtum, wenn man glaubte, alles in Gesetzestexten zu finden.

Wir haben in der Lehre von der Polizeigewalt gesehen, wie die natürliche Freiheitsgrenze dieser gegenüber durch den Begriff des Privatlebens und andere der üblichen Anschauung entnommene Bestimmungen gegeben wird (oben § 19, I n. 1). Hier ist einfach wieder so ein Fall: der Polizeigewalt gegenüber, welche die öffentlichen Sachen ordnet und gegen die Einzelnen verteidigt, steht ein gewisses Mafs von freier Bewegung des Einzellebens, welches Einwirkungen auf die öffentliche Sache begreift und angesehen wird als eine natürliche Ausstattung aller im Staate lebenden Menschen. Wie alle Freiheit im öffentlichen Rechte von dem Willen des Gesetzes formell abhängig ist, von diesem unterdrückt und beschränkt oder auch erweitert werden kann, oder, was gleichsteht, mit seiner Ermächtigung von der vollziehenden Gewalt, so auch die hergebrachte Freiheit des Privatlebens, die bestehende Freiheit des Gebrauchs der öffentlichen Sachen. Aber so weit dies nicht geschehen ist, bleibt dieses Gebiet von Lebensäufserungen in einem gewissen natürlichen Umfang frei und geschützt auch der Polizeigewalt gegenüber. Dafs man das ein Recht nennt, eine verwaltungsrechtliche Befugnis, einen „blofs“ administrativen Anspruch, stimmt ja wieder ganz überein mit dem sonstigen Sprachgebrauch. Weitere Folgerungen braucht man aus dem Namen nicht zu ziehen.

Wohl aber sind solche Folgerungen zu ziehen aus dem jetzt entwickelten Begriffe des Rechts des Gemeingebrauchs. Wir haben demnach die Umrisse dieses Rechts nach seinen einzelnen Seiten hin noch genauer zu bestimmen.

II. Der Inhalt des Rechts des Gemeingebrauchs unterliegt, wie alle Äufserungen der Freiheit, der Regelung des Gesetzes. Das Gesetz und was in seiner Vertretung ergeht, spricht sich jedoch selten darüber aus und nie erschöpfend.

Der Inhalt des Rechts mufs deshalb nach anderen Mafsstäben gewonnen werden.

Einen solchen giebt in erster Linie die Art der öffentlichen Sache selbst, wie diese von der Natur oder durch die Herrichtung und Widmung bestimmt ist. Innerhalb der dadurch geschaffenen Möglichkeiten giebt die gemeine Anschauung von dem, was zulässig ist, die genauere Begrenzung. Diese wird aber durch nichts besser erkannt als durch die Übung: die Übung der Benutzenden, die alle, sowie sie in die Lage kommen, der öffentlichen Sache in dieser oder jener Weise sich bedienen zu sollen, unbedenklich zu solcher Gebrauchsart

übergehen; der Verwaltungsbehörden, die das geschehen lassen; der Gerichte, die für solche Dinge, falls sie je dagegen angerufen werden, das Einschreiten mit Anwendung der allgemeinen Strafbestimmungen gegen Mifsbrauch der Sache verweigern.

Das ist dann kein Gewohnheitsrecht; wir können dieser Krücke hier wieder vollständig entbehren.

Es ist auch keine blofse thatsächliche Anmafsung und Duldung.

Es ist die Erscheinung des Gemeinbewufstseins an dem Umfange der selbstverständlichen Freiheit der Genossen, d. h. der Menschen im Staate. —

Den bei weitem wichtigsten Gegenstand des Gemeingebrauchs bilden die öffentlichen Strafsen. Sie sind selbst unter sich nicht gleichartig, sondern zerfallen gerade in der Richtung des Gemeingebrauchs wieder in Unterarten: Fahrstrafsen, Fufspfade, Reitwege, Bürgersteige, Leinpfade — jede Unterart wieder den allgemeinen Rahmen bestimmend für das, was geschehen darf, namentlich in der Weise, dafs gewisse Gebrauchsarten ausgeschlossen, andere bevorzugt sind. Eine Rangordnung der Gebrauchsarten knüpft sich daran, deren Aufrechterhaltung der Polizei der öffentlichen Sache obliegt (unten III n. 2). Fragen wir aber, was darf man alles auf solchen Strafsen thun, so werden wir vergebens nach formulierten Rechtssätzen suchen. Die gesetzliche „Gestattung“, auf die man sich wohl berufen möchte, um die Grenze zu bestimmen, fehlt entweder oder ist von einer unverhohlenen Unzulänglichkeit. Da soll z. B. der Gemeingebrauch an Landstrafsen beruhen auf A.L.R. II, 15 § 7, wonach solche jedem verstattet sind „zum Reisen und Fortbringen seiner Sachen“. Ein schöner Zustand, wenn man auf diesen Text angewiesen und sonst nichts auf der Strafse berechtigt wäre!

Thatsächlich geschieht viel mehr und ist viel mehr als berechtigt allgemein anerkannt in dem Sinne, dafs die Hinderung daran als ein Eingriff in die Freiheit empfunden werden würde, der als Unrecht abzuwehren und aufzuheben ist.

Die Strafse, sagt man, dient dem allgemeinen Verkehr. Auch damit ist durchaus nicht alles erschöpft; es ist nur die Hauptmasse ihrer Benutzungsarten damit bezeichnet. Sie steht aber auch offen für alles, was gelegentlich dieses Verkehrs sich als Benutzung von selbst ergiebt, und noch für vieles darüber hinaus.

Am deutlichsten zeigt sich das in mancherlei Benutzungsformen, die da stattfinden zu Gunsten der angrenzenden Grundstücke, vor allem der Gebäude und hier wieder vorzugsweise zu Gunsten der Wohngebäude innerhalb der Ortschaften.

Der Hausbesitzer nimmt seinen Zugang von der Strafse und bringt Thüren dazu an; er bezieht von dort her Licht und Luft und öffnet dahin seine Fenster; er richtet seinen Wasserablauf dahin; alles ohne besondere Erlaubnis, auf Grund des Rechts des Gemeingebrauchs, weil es die öffentliche Strafse ist [12].

Dazu kommen thatsächliche Einwirkungen in das Gebiet der Strafse hinein, welche von den Häusern aus geschehen: Blumenbretter, Fahnen, Vogelkäfige werden in ihren Luftraum hinausgehängt, Fensterladen, Vorhänge bewegen sich darüber hinein, — alles unerlaubt gegenüber einem Privatgrundstück, Gemeingebrauch gegenüber der Strafse [13].

[12] Für diese Fälle wird häufig eine besondere Art Servitut angenommen, auch wo man sonst den Gemeingebrauch nicht als eine solche auffafst; das hängt damit zusammen, dafs hier eine Entschädigung bei Änderung der Strafsen gewährt werden soll, für die man eine rechtliche Grundlage sucht. Das Nähere unten IV n. 2. — Bekker, Pand. S. 341 ff., unterscheidet: Rechte, die ohne weiteres aus dem Gemeingebrauche hervorgehen und deshalb allen zukommen, und Vorzugsrechte, „die den Gemeingebrauch nur zur Voraussetzung haben, übrigens besonders erworben werden müssen und also auch nur denen zukommen, die sie erworben haben.“ Diese Vorzugsrechte teilt er aber dann (S. 343) wieder ein in „Anliegerrechte“; das sind wesentlich die oben genannten; und „besonders erworbene Berechtigungen von Anliegern und Nichtanliegern“, wobei vor allem die Konzession in Betracht kommt. Die Anliegerrechte sind also keine besonders erworbenen Rechte, also nach der ersten Einteilung doch wohl einfach Rechte des Gemeingebrauchs. Bekker nennt sie selbst „eine Reihe von Vorteilen, Nutzungen aus dem Gemeingebrauch“; er bezeichnet sie blofs deshalb als Vorzugsrechte, weil sie „dem Nichteigentümer niemals ebenso zukommen können .... Unter anderm die Möglichkeit u. s. w.“ Also sind es eben doch blofs thatsächliche Vorzüge, keine Vorzugsrechte. Das ist ja klar, dafs, wer nicht Hausbesitzer ist, auch keine Fenster auf die Strafse haben kann. Ganz ebenso kann, wer keinen Wagen hat, nicht auf der Strafse fahren, und wer kein Pferd hat, nicht darauf reiten. Oder haben die Wagenbesitzer auch „Vorzugsrechte“? Das Richtige wird also sein, zu sagen, dafs alle diese Leute Vorteile aus dem Bestand der Strafse ziehen, die andere nicht daraus ziehen, weil ihnen die thatsächlichen Voraussetzungen fehlen. Das Recht ist überall gleichmäfsig kein anderes als das des Gemeingebrauchs.

[13] Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand. a. a. O. S. 111, berichtet über einen Streitfall, welchen die Stadt Marburg gehabt hat. Ein Anlieger will die Stockwerke seines Gebäudes über die Strafse vorspringen lassen. Die Gemeinde als Eigentümerin der Strafse ist dagegen. Die staatliche Polizeibehörde erlaubt es. Sie beruft sich darauf, dafs der Strafseneigentümer ja auch Fahnen, Marquisen, auswärts schlagende Fenster dulden müsse, „soweit damit keine Mifsstände verknüpft seien“. Das letztere bezieht sich auf die Polizei der öffentlichen Sachen, welche die Grenzen des Gemeingebrauchs überwacht. Der beabsichtigte Vorbau selbst war freilich nicht damit zu vergleichen und entschieden keine Ausübung des Gemeingebrauchs; vgl. unten § 39 Note 9.

Der Strafsenboden selbst vor dem Hause wird in einer Weise in Anspruch genommen, die über den Verkehr hinaus geht. Wagen halten daselbst und werden abgeladen, Brennholz wird niedergelegt, vielleicht auch klein gemacht. Das kann geradezu verkehrsstörend werden, geschieht aber ohne Erlaubnis kraft selbstverständlichen Rechtes des Gemeingebrauchs [14].

Gerade für diese Benutzungen des Raumes auf der Strafse vor den Häusern läfst sich gar keine allgemeine Regel aufstellen. Hier ist alles örtlich-sittlich und so weit Recht. Je kleiner, je altmodischer die Ortschaft ist, desto stärker wirkt die ursprüngliche Allmendnatur noch nach; ein grofser Teil des Lebens der Bewohnerschaft spielt sich auf der Strafse ab: man läfst Waren und Fuhrwerke da stehen, stellt sich des Abends Bänke vors Haus, der Handwerksbetrieb findet teilweise auf der Strafse statt. Die neu angelegten Strafsen sind weit strenger abgeschlossen gegenüber der Freiheit des Privatlebens, sie dienen immer ausschliefslicher nur dem wirklichen Verkehr. Innerhalb derselben Stadt zeigt der Gemeingebrauch Verschiedenheiten in der Altstadt und in der Neustadt. Das Übliche, Herkömmliche, Gewohnte, die gemeine Anschauung über die Grenzen der Freiheit ist alles; mit Gewohnheitsrecht, Ersitzung u. s. w. kann man diesen Mannigfaltigkeiten überhaupt nicht nachkommen [15].

---

[14] St.G.B. § 366 Ziff. 9 bedroht seinem Wortlaut nach ganz unbedingt mit Strafe: „wer auf öffentlichen Wegen . . Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läfst". Man streitet darüber, ob hier nicht das Wort „unbefugt" doch zu ergänzen sei. Sicher ist, dafs die Berufung auf eine privatrechtliche Befugnis nichts hilft; die giebt's gegenüber der Thatsache der öffentlichen Strafse nicht. Aber Konzession, Gebrauchserlaubnis und Gemeingebrauch geben allerdings Befugnisse, die hier in Betracht kommen. Olshausen, Stf.G.B., zu § 366 Ziff. 9 b, führt ein Erkenntnis des O.L.G. Darmstadt 28. Nov. 1889 an, wo „Freisprechung wesentlich deshalb erfolgte, weil die durch das Haltenlassen eines Fuhrwerks in einer engen Sackgasse bedingte Verkehrsstörung nicht länger dauerte, als zur Abladung des Heues nötig war". Der Thäter war so weit befugt durch das Recht des Gemeingebrauchs.

[15] Bl. f. adm. Pr. 1886 S. 129 ff.: Ein Schmied hat vor seinem Hause eine Hufbeschlagbrücke. Das O.L.G. sagt: „nach alter deutscher Rechtsanschauung wird der längs der Häuser hinziehende Fufs- oder Bürgersteig als Teil der Strafse behandelt"; aber vielfach ist den Handwerkern gestattet, darauf zu arbeiten, freilich nur „begünstigungsweise". Das O.L.G. meint, es sei ein precarium, das, wie jeder Vertrag auch stillschweigend möglich sei. Der Rechtsbeistand des Schmiedes behauptete ein Servitut. Der Schmied selbst hat offenbar keines von all diesen Rechtsinstituten im Sinne gehabt; er glaubte befugt zu sein, vor seinem Haus zu arbeiten, ebenfalls „nach alter deutscher Rechtsanschauung", kraft des Rechts des Gemeingebrauchs. Ob dieses Recht hier nicht der Polizei zu weichen hat, ist eine

Von den übrigen öffentlichen Sachen stehen Plätze und Brücken den Strafsen am nächsten; der Gemeingebrauch ist hier ähnlichen Inhalts, im Umfang naturgemäfs bei Plätzen eher noch weiter, bei Brücken enger als dort.

Bei den Strömen ist die Schiffahrt das wichtigste Stück des Gemeingebrauchs, dem Rang nach allem anderen vorgehend; dazu kommt aber noch das Trinken, Schöpfen, Tränken, Baden, Waschen, Schlittschuhlaufen, Durchwaten und die mancherlei Benutzung der dazu gehörigen Ufer. Die Aufzählung würde schwer erschöpfend zu machen sein, ist auch nutzlos. Im Einzelfall wird niemals Streit sein, ob etwas noch zum Gemeingebrauch gehört oder nicht. Die gemeine Anschauung sagt es mit genügender Sicherheit [16].

---

andere Frage; davon unten III n. 2. — Ubbelohde, Forts. v. Glücks Pand. a. a. O. S. 149 Anm. 86 i, erwähnt folgenden Fall: In der Provinz Hannover „bestreitet das dortige Landesdirektorium den Chausseeanliegern in den Marschen das für den Gemeingebrauch äufserst unbequeme Recht nicht, die beim Ausräumen der Wasserzüge längs der Chaussee gewonnene Erde, Schlamm u. s. w. auf der Chaussee abzulagern, nachdem genannter Behörde bezeugt war, dafs diese Ablagerung seit Menschengedenken immer und zwar in der Absicht ein Recht auszuüben geschehen war.“ Ubbelohde nennt das ein dingliches Recht auf einen in den Gemeingebrauch eingreifenden Sondergebrauch, welches vermöge unvordenklicher Übung entstanden wäre. Allein jede Ausübung des Gemeingebrauchs vermag den übrigen Gemeingebrauch zu stören, greift in denselben ein; diese Benützung der Landstrafsen ist offenbar selbst Gemeingebrauch, ein Seitenstück zur Benützung der Strafse für die Anlieger zum Wasserablauf. Von dinglichem Rechte ist keine Rede; die unvordenkliche Übung ist nur das sicherste Zeichen der allgemeinen Rechtsauffassung für die Zugehörigkeit dieser Art der Benützung zum Gemeingebrauch. — Hierher dürfte auch der Fall gehören, welchen R.G. 16. Febr. 1887 (Reger VIII S. 309) behandelt. Das Gericht spricht von einer Ersitzung des Rechts, Wagen und Ackergeräte auf der Strafse aufzustellen; es glaubt eine Ersitzung annehmen zu müssen, da es sich um dauernde und vorzugsweise Nutzung handle, im Gegensatz zu dem im Gemeingebrauch liegenden vorübergehenden Benützen und mit Untersagung der gleichartigen Benützung für Dritte. Allein haben nicht andere an ihren Häusern das gleiche ausschliefsliche Recht? Dann ist es doch nur Gemeingebrauch, erkennbar aus der langen Übung, und die begriffswidrige Zulassung der Ersitzung, die alles in Unordnung bringt, brauchen wir nicht. Dafs jeder nur vor seinem Hause so befugt ist, nicht vor dem des anderen, darf nicht irre machen. Das Recht des Gemeingebrauchs geht eben gerade nur darauf, dafs jeder vor seinem Grundstück solche Dinge aufstellen kann.

[16] Bezeichnend ist der Versuch einer Aufzählung im bayrischen Wasserbenutzungsgesetz vom 28. Mai 1852 Art. 9: „Der Gebrauch des Wassers aus öffentlichen Gewässern durch Schöpfen, Baden, Waschen und Tränken ist vorbehaltlich der Polizeivorschriften jedem unverwehrt“. Wer den Gemeingebrauch auf eine staatliche Gewährung zurückführen will, fände hier scheinbar eine gute Handhabe. Allein dann müfste ja der Gemeingebrauch auch mit dem Texte dieser Gewährung

Die öffentlichen Kanäle sind, im Gegensatz zu den Strömen, künstliche Veranstaltungen wie die Strafsen, gleichen aber durch ihre Natur und Bestimmung noch eher den ersteren. Sie sind gröfstenteils neueren Ursprungs, haben kein selbständig ausgebildetes Herkommen für sich, das den Umfang des Gemeingebrauchs bestimmte; deshalb hat sich auf sie im wesentlichen übertragen, was in dieser Hinsicht von den Strömen gilt. Nur dafs hier wegen der schwierigeren Instandhaltung der polizeiliche Schutz strenger ist und die Freiheit dadurch beschränkter[17].

Der Meeresstrand endlich dient in gewissem Grade dem Gehen, Fahren, Anlanden, was man vielleicht als Verkehr bezeichnen mag. Dazu aber noch für andere Dinge, die nicht darunter fallen,

abgeschlossen sein. Das ist aber auch hier keineswegs der Fall. Pözl, Komm. S. 62, bemerkt: „Als unter den Art. 9 Abs. I fallend dürften noch anzuführen sein: die Benützung des gefrorenen Wassers zum Schlittschuhlaufen, das Waschen der Schafe, das Fleien, das Einlassen von Gänsen und Enten.“ In einer Fufsnote fügt er zu dem „Waschen der Schafe“ hinzu: „Ob auch von Schweinen, ist uns zweifelhaft“. Wie steht es mit den Hunden? Diese werden doch von allen Tieren am häufigsten ins Wasser geschickt. Pözl nennt sie offenbar nicht, weil es ihm nicht ernsthaft genug erscheint. Aber das ist gerade die Freiheit, dafs es auf den Wert der Handlung nicht ankommt. Doch sehen wir ab von der Frage, ob selbst Pözls Aufzählung vollständig ist. Die Hauptsache ist: woher nimmt er die Berechtigung zu solchen Zuthaten zum Gesetz? Offenbar von nichts anderem als von der allgemeinen Anschauung, welche für die Bestimmung des Umfangs des Gemeingebrauchs grundsätzlich mafsgebend ist und die das Gesetz mit seiner Aufzählung von Beispielen nicht hat beseitigen wollen.

[17] Dies kommt im bayrischen Wasserbenutzungsgesetz von 1852 Art. 8 in besonders scharfer Weise zum Ausdruck: „Von dem Staate errichtete Kanäle sind nur insoweit dem freien Gebrauche eröffnet, als dieses durch die Staatsregierung bestimmt wird.“ Man könnte daran denken, dafs hier der Gebrauch ganz und gar von einer der Regierung vorbehaltenen Gewährung, allgemeiner oder besonderer, abhängig gemacht wäre. Ein Gemeingebrauch im Rechtssinne bestünde alsdann an bayrischen Kanälen nicht. Allein so ist es nicht gemeint. Es hat hier nur der Regierung die Ermächtigung gegeben werden sollen, den sonst an öffentlichen Gewässern bestehenden Gemeingebrauch für die an sich dazu gehörigen Kanäle nach freiem Ermessen zu beschränken und auszuschliefsen. Soweit solches nicht geschehen ist, besteht derselbe also auch an Kanälen. Diese Auffassung wird bestätigt durch die Art, wie in der Bayr. Kanalordnung vom 9. Januar 1842, welche jene Bestimmung im Auge hat, der Gebrauch des Kanals geregelt ist: die Schiffahrt ist selbstverständlich als der Hauptzweck frei, eine Reihe von sonstigen Benutzungsarten, welche an öffentlichen Flüssen freistehen, wird ausdrücklich verboten (Kanalord. § 63 ff., Pözl, Komm. S. 491). Durch dieses Verbot ist der sonst zulässige Gemeingebrauch gerade vorausgesetzt. Was davon nicht unter das Verbot fällt, ist also selbstverständlich berechtigt.

überhaupt nirgend ausdrücklich genannt sind, aber nicht besonders gestattet zu werden brauchen, sondern auf Grund der allgemeinen Rechtsanschauung als selbstverständlich gelten, wie z. B. das Ausspannen von Fischernetzen[18].

Der Inhalt des Gemeingebrauchs ist so formenreich, wie der der Freiheit überhaupt.

III. Das Recht des Gemeingebrauchs hat seine Grenzen. Eine Überschreitung derselben bildet einen Eingriff in den Bestand der öffentlichen Sache. Diejenige Seite der öffentlichen Gewalt, welche darauf gerichtet ist, solche Eingriffe abzuwehren, haben wir kennen gelernt als die Polizei der öffentlichen Sachen; sie ist zugleich Polizei des Gemeingebrauchs. Als solche richtet sie sich gegen alle Störung, die durch die Art der Ausübung des Gemeingebrauchs der guten Ordnung der öffentlichen Sache erwachsen mag. Mit Befehlen, Strafsetzungen[19] und unmittelbarem Zwang wird da entgegengetreten. Das Gesetz kann den Gemeingebrauch ganz oder teilweise beseitigen; die Änderung der natürlichen Freiheitsgrenzen liegt ja in seiner Hand. Die allgemeinen Ermächtigungen der Behörden enthalten eine solche Befugnis regelmäfsig nicht. Sie gehen blofs dahin, den fortbestehenden Gemeingebrauch so zu ordnen und zu leiten, dafs die Sache dabei im ganzen ihrem Zwecke möglichst erhalten und dienst-

---

[18] R.G. 23. Febr. 1880 (Samml. I S. 366).

[19] Wichtig vor allem Stf.G.B. § 366 Ziff. 9: „wer auf öffentlichen Wegen . . Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läfst." Nur darf man dieser Bestimmung nicht eine Art Alleinherrschaft für die Bestimmung der Grenzen des Gemeingebrauchs zumuten. Es liegt noch manches innerhalb der anerkannten Grenze des Gemeingebrauchs, was immerhin den freien Verkehr einigermafsen hindern wird und deshalb von dem Wortlaut des § 366 Ziff. 9 getroffen wäre; vgl. oben Note 14. Und umgekehrt geht die Polizeigewalt zum Schutz der öffentlichen Strafse gegen manches vor, was, ohne Verkehrsstörung zu sein und deshalb unter den § 366 Ziff. 9 zu fallen, den Gemeingebrauch überschreitet. Bl. f. adm. Pr. 1876 S. 317: Nicht alles Aufstellen von Gegenständen auf der Strafse ist durch § 366 Ziff. 9 getroffen; es genügt diesem gegenüber, dafs dem Verkehr Raum genug übrig gelassen wird. Also nicht einmal das Aufstellen von Buden ist unter dieser Voraussetzung als strafbar zu verhindern (Riedel, Komment. z. P.Stf.G.B. S. 146). Kann aber nicht trotzdem gegen diese Buden von Polizeiwegen eingeschritten werden? Da wird denn behauptet, „höchstens Civilklage auf Beseitigung" sei möglich. In Wirklichkeit fällt es der Polizeibehörde natürlich gar nicht ein, so zu klagen. Sie fordert auf, wegzuräumen, und räumt selbst weg, wenn es nicht geschieht; darüber ist wohl kein Zweifel.

lich bleibt. Was über dieses Ziel hinaus geht, ist nicht ermächtigt und ein unzulässiger Eingriff in die Freiheit[20].

Diese Polizei des Gemeingebrauchs äufsert sich in folgenden Hauptrichtungen:

1. Bei künstlich hergestellten öffentlichen Sachen wird der Gemeingebrauch immer mit einer gewissen Abnützung verbunden sein. Das ist unvermeidlich.

Es können aber polizeiliche Vorschriften dahin gegeben werden, dafs Benutzungsarten zu vermeiden sind, welche diese Abnützung übermäfsig steigern oder sofortige Zerstörungen zur Folge haben können.

Dahin gehören die Vorschriften über die Breite der Radkränze, über das Schleifen von Pflügen, von Baumstämmen; über das zulässige Gewicht beim Befahren von Brücken; über die Anwendung wellenerregender Fortbewegungsmaschinen auf Kanälen,

Auch die Verunreinigung der Strafse, des öffentlichen Gewässers kann die Brauchbarkeit beeinträchtigen; hier mischen sich aber in die Verteidigung der öffentlichen Sache weitergreifende polizeiliche Rücksichten hinein, Rücksichten der öffentlichen Gesundheit, Sicherheit u. s. w.

2. Tiefer einschneidend wirkt die Polizei der öffentlichen Sachen auf den Gemeingebrauch in folgender Beziehung. Die verschiedenen Benutzungsarten, die im Gemeingebrauch enthalten sind, sind nicht alle von gleichem Wert. Vom Standpunkte des öffentlichen Interesses aus sind wichtigere und minder wichtigere zu unterscheiden; es besteht eine Rangfolge. Sofern diese Benutzungsarten sich untereinander stören und stofsen, ist es Aufgabe der Polizei des Gemeingebrauches, zu bewirken, dafs die minder wertvolle ausweicht. Dies kann zur völligen Unterdrückung ganzer Seiten des Gemeingebrauchs führen.

[20] Ein Beispiel unzulässiger Beschränkung in Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 369: Eine ortspolizeiliche Vorschrift hatte bestimmt, dafs eine Gasse nur von den dortigen Ortsbewohnern befahren werden dürfe. Das wurde für unzulässig erkannt: „die allgemeine Benützung, die Haupteigenschaft jedes öffentlichen Weges, würde aufhören". Wenn man die Gasse schützen, also wirklich nur Polizei des Gemeingebrauchs üben wollte, so konnte man einen sachlichen, für die Benützung selbst bedeutsamen Unterschied machen und etwa schweres Fuhrwerk ausschliefsen. — Ähnlich der Fall in Bl. f. adm. Pr. 1872 S. 359, wo die Benützung eines Gemeindeverbindungsweges „Fremden" verboten werden sollte. Die bezügliche ortspolizeiliche Vorschrift wurde aufser Kraft gesetzt, da ein öffentlicher Weg jedermann ohne Rücksicht auf Gemeindeangehörigkeit zur Benützung zusteht. In derartigen Versuchen klingen offenbar alte genossenschaftliche Auffassungen nach.

Wir sehen diesen Grundsatz vor allem wirksam werden bei unseren Ortsstrafsen. Der Hauptzweck ist hier offenbar der Verkehr, die Fortbewegung, die ihrerseits immer empfindlicher wird gegen Hindernisse. Gar manche von den alten hergebrachten Benutzungsarten erweisen sich mehr und mehr als unverträglich damit, und sobald dies der Fall ist, wird die Polizei berechtigt, solche zu beschränken oder gänzlich zu verbieten. Darauf beruht der Entwicklungsgang, in welchem der Gemeingebrauch unserer Strafsen ersichtlich begriffen ist.

Der Verkehr selbst ist nicht gleichwertig. Auch das Eilrad hat sein Recht des Gemeingebrauchs, aber als die minderwichtige Verkehrsart mufs es sich gefallen lassen, dem Fufs- und Wagenverkehre zu Liebe von engeren Strafsen und Brücken verbannt zu sein. Der Fufsverkehr ist innerhalb der Ortschaften die Hauptsache; der langsam fahrende schwere Lastwagen kann ihm zu Liebe von der Benutzung besonders belebter oder enger Strafsen ausgeschlossen werden[21].

3. Endlich kann die Polizei der öffentlichen Sachen sogar die wesentlichsten Benutzungsarten des Gemeingebrauchs zeitweise ausschliefsen, durch Absperrung der Sache. Solches wird am natürlichsten gerechtfertigt durch das Interesse der Instandhaltung der öffentlichen Sache selbst: eine Strafse wird ausgebessert, oder der Kanal bedarf der Wiederherstellungsarbeiten; der öffentliche Verkehr wird polizeilich abgesperrt.

Die zeitweilige Absperrung von Strafsen und Plätzen gegen den öffentlichen Verkehr kann auch durch ein anderes öffentliches Interesse begründet sein. Das kann daher kommen, dafs ein gleichwertiges öffentliches Unternehmen das andere kreuzt: die Schienengeleise der Eisenbahnen durchschneiden die Strafse und diese wird gesperrt, während der Zug sich darauf bewegen will; die Joche der Schiffbrücken werden ausgefahren, um Schiffe durchzulassen.

Es kann aber auch der Raum der Strafse selbst für ein höheres öffentliches Interesse ausschliefslich in Anspruch genommen werden. Dafs das der Fall sein mufs, wird in manchen Fällen ganz aufser Zweifel stehen. So wenn die Strafse, in welcher die Feuersbrunst ausgebrochen ist, abgesperrt wird, um der Löschmannschaft freie Be-

---

[21] Ubbelohde a. a. O. S. 149 nennt das eine „bevorzugte Art des Gemeingebrauchs". — Sehr weit geht O.V.G. 9. Mai 1881 (Samml. VIII S. 292), wonach es der Polizeibehörde unbenommen ist, je nach den Umständen die Anlegung von strafsenseitigen Ausgängen entweder für bestimmte Strecken öffentlicher Strafsen oder für bestimmte Arten von Gebäuden ganz zu verbieten, sofern dies durch die Rücksicht auf das ihr anvertraute Gemeinwohl erfordert wird.

wegung zu lassen. Für andere Dinge spielt das Übliche, Herkömmliche eine grofse Rolle: am einen Ort werden die Strafsen gesperrt für kirchliche Aufzüge, am andern für Militärparaden. Die Freiheit des Gemeingebrauchs ruht ganz auf der herrschenden Auffassung, wie für das, was zu ihrem Inhalte gehört, so auch für solche Unterbrechungen, die sie sich gefallen lassen mufs. Oft freilich auch werden derartige Absperrungen nur als thatsächliche Gewalt anzusehen sein, der man sich fügt, weil niemand die Unannehmlichkeiten des Kampfes ums Recht auf sich nehmen will. —

Der Inhalt der Polizei des Gemeingebrauchs ist damit erschöpft. Es ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dafs der Gemeingebrauch auch noch aus anderen Rücksichten Beschränkungen erleidet, insbesondere auch noch aus polizeilichen Rücksichten und in Formen des Polizeirechts. So namentlich die Sicherheitspolizei kann den Gebrauch der Strafse vor einem einsturzdrohenden Gebäude verbieten oder auch das Baden an einer gefährlichen Stelle im öffentlichen Flusse. Das ist aber immer eine Sache für sich und geht uns hier nichts an. Zur Lehre vom Gemeingebrauch gehört nur diejenige Seite der Polizei, die ihre Grundlage hat in den Erfordernissen der guten Ordnung der öffentlichen Sache selbst und der der Gemeingebrauch seinem Wesen nach ausgesetzt ist, insofern er eben an dieser öffentlichen Sache hängt.

IV. An den Gemeingebrauch knüpfen sich Ansprüche auf Geldleistungen. Sie begründen und ordnen sich gemäfs allgemeineren Rechtsinstituten, die im Zusammenhang mit der Ausübung, der Eröffnung und Schliefsung des Gemeingebrauchs an einer Sache zur Anwendung kommen. Wir haben hier nur insofern davon zu handeln, als sich aus diesem Zusammenhange Eigentümlichkeiten für die Anwendung dieser Rechtsinstitute ergeben.

1. Das Recht des Gemeingebrauchs beruht nicht auf einer Gewährung des Staates an den Unterthanen. Aber die thatsächliche Voraussetzung, damit dieses Recht Platz greife, die dazu bestimmte Sache, stellt der Staat her und hält er in geeignetem Stande. Dafür wird ein Aufwand gemacht, der dann nicht allen Unterthanen gleichmäfsig zu gute kommt. Erwägungen der Billigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit sprechen dafür, dafs denen, welchen die Einrichtung den besonderen Vorteil gewährt, auch eine besondere Gegenleistung auferlegt werde, und das Finanzinteresse mag sich dieser Schlufsfolgerung bemächtigen, um derartige Auflagen zur Durchführung zu bringen.

Nach der Art des Vorteils, für welchen er gegeben werden soll. gestaltet sich auch die Art des Entgeltes.

Die Thatsache, dafs die öffentliche Sache als solche hergerichtet und in Stand gehalten wird mit all den ungemessenen Möglichkeiten der Ausübung des Gemeingebrauchs, gewährt gewissen Einzelnen oder Gruppen von Einzelnen Vorteile vor Anderen, entfernter Beteiligten. Den Ausgleich giebt das Institut der Beiträge. Als Hauptbeispiel nennen wir hier nur die Strafsenbeiträge; das Nähere unten § 48, I: rechtliche Besonderheiten erhält das Institut in dieser Verwendung nicht.

Der Entgelt kann sich aber auch knüpfen an die Thatsache der Ausübung des Gemeingebrauchs im Einzelfall und den darin liegenden unmittelbaren Vorteil. Dann erscheint er in Gestalt der Gebühr und diese Gebühr bekommt allerdings im Zusammenhange mit dem Gemeingebrauch ihre bestimmten rechtlichen Eigentümlichkeiten, die hier hervorzuheben sind[22].

Die Gebühr auf die Ausübung des Gemeingebrauchs findet sich bei allen Arten von öffentlichen Sachen, welche bestimmt sind, dem öffentlichen Verkehr zu dienen und knüpft sich an die einzelnen Verkehrshandlungen. Es wird also nicht jede Ausübung des Gemeingebrauchs allgemein getroffen. Aber auch nicht immer jede Verkehrshandlung; es können nur die wichtigeren Arten herausgenommen sein. Der Brückenzoll trifft möglicherweise jede Art von Verkehr, Chausseegeld und Pflasterzoll nur den Wagenverkehr, Kanalgebühr, Hafengeld, Stromschiffahrtsabgabe nur gröfsere Schiffe und Flöfse. Die Sätze werden dann wieder abgestuft sein nach dem Mafse, in welchem die öffentliche Sache in Anspruch genommen wird durch die Schwere des Fuhrwerkes, die Gröfse des Schiffes, die Art der Fortbewegungskraft. In dieser Weise ist die Gebühr auf den Gemeingebrauch althergebracht, aber ihre Rechtsformen mufste sie wechseln

[22] Über den Unterschied von Beiträgen und Gebühren vgl. oben Bd. I S. 387. Beides sind, wie dort hervorgehoben, von Haus aus rein finanzwissenschaftliche Begriffe. Für uns löst sich jede dieser Begriffseinheiten selbst wieder auf nach der Verschiedenheit der zur Verwendung kommenden Rechtsformen. Von den staatswissenschaftlichen Darstellungen des Gebührenwesens, die naturgemäfs diesen gegenüber gleichgültig sind, werden wir deshalb für unsere Lehre von der Gebühr wenig Gewinn ziehen können. Wenn v. Stein, Finanzwissenschaft I S. 345 gegenüber der Darstellung des Gebührenwesens in dem tüchtigen Buch von Sax, Die Verkehrsmittel in Volks- und Staatswirtschaft, bemerkt: „es mangelt nur die rechtliche Seite“, so gilt das sehr allgemein, auch von den Ausführungen v. Steins selbst.

mit den Wandlungen der Grundlagen unseres öffentlichen Rechtes überhaupt.

Im älteren Staatswesen sind diese Gebühren ausgebildet als Gegenstand eines besonderen landesherrlichen Hoheitsrechtes. Die Wegezölle, Wasserzölle, Brückenzölle gehören zu den Regalien, und zwar zu den niederen Regalien, welche auch an Gemeinden und Einzelne übergehen können durch Vertrag oder unvordenklichen Besitz[23].

Gegenüber den verwickelten und teilweilse gemeinschädlichen Sonderrechten, die sich daraus ergaben, ist der Polizeistaat vor allem darauf bedacht, dem planmäfsigen Eingreifen der Verwaltung Raum zu schaffen. Er zwingt den danach bisher schon erhobenen Gebühren Ermäfsigungen auf oder unterdrückt sie gänzlich, meist mit Entschädigung. Das Recht, solche Gebühren neu aufzulegen, nimmt er ausschliefslich in Anspruch[24].

Der Verfassungsstaat stellt endlich auch die Gebührenauflage des Staates unter den Vorbehalt des Gesetzes. Die veröffentlichten allgemeinen Anordnungen aus früherer Zeit werden, wie das ja auch in anderer Beziehung geschieht, als Gesetze übernommen. Neue Auflagen von Gebühren können nur erfolgen auf Grund eines Gesetzes.

Dieser Satz gilt in seiner vollen Strenge nur für die Gebühr auf den Gemeingebrauch. Diese Gebühr erhält dadurch ihre rechtliche Eigentümlichkeit gegen andere Gebühren für öffentliche Nutzungen. Wir werden sehen, wie an die Benützung der mancherlei öffentlichen Anstalten Gebührenpflichten sich knüpfen ohne Gesetz. Den Fall des civilrechtlichen Vertrages lassen wir ganz beiseite; auch eine öffentlichrechtliche Gebührenpflicht kann dort ohne Gesetz entstehen. Die Entstehung wird vermittelt durch die Gewährung der Anstaltsleistungen durch den Staat und durch die Unterwerfung unter die Bedingungen, an welche sie geknüpft wird. Das Genauere unten § 52, II. Diese Vermittlung fehlt hier. Der Gemeingebrauch ist ein Ausflufs der allgemeinen Freiheit; das Recht dazu beruht auf keiner Gewährung; durch seine Ausübung hat man sich keinen Bedingungen der Gewährung zu unterwerfen. Die Gebührenauflage ist wirtschaftlich wohl vermittelt durch den Gedanken des Entgeltes, aber rechtlich geschieht

---

[23] Klüber, Öff. R. §§ 408, 409 (Wegeregal); § 460 (Wasserregal); in dem Regal ist immer auch das Recht der Gebührenbestimmung begriffen.

[24] Diese Entwicklung wird dargestellt für Preufsen bei Roenne u. Simon, Verf. und Verord. des Preufs. St. VI, 4 Abt. 2 (Wegepolizei) S. 481 ff.; für Baden bei Bär, Die Wasser- und Strafsenbauverwaltung in dem Grofsherzogtum Baden S. 370 ff.

sie unvermittelt aus freien Stücken, als obrigkeitlicher Eingriff in die Freiheit[25]. Daher die Unentbehrlichkeit der gesetzlichen Grundlage.

Unsere Gebühr zeigt deshalb von vorneherein eine grofse Verwandtschaft mit der Steuerauflage. Der wirtschaftliche Hintergrund, der sie dieser gegenüber kennzeichnet, ist rechtlich gleichgültig. Allein er kann dennoch auch von rechtlicher Bedeutung werden vermöge einer anderen Eigentümlichkeit der Gebühr. Bei den Steuern haben wir gesehen, gilt es nicht als zulässig, dafs das Gesetz seine Macht auf die Regierung übertrage: Mafs und Mafsstab der Steuer bestimmt es grundsätzlich immer selbst (oben Bd. I S. 389). Bezüglich der Gebühren dagegen sind derartige Ermächtigungen der Regierung nicht selten, sei es, dafs sie auf älteren überkommenen Gesetzen beruhen, sei es, dafs sie neu erteilt werden. Der Unterschied hängt offenbar damit zusammen, dafs die Gebühr im Gegensatz zur Steuer aus ihrem wirtschaftlichen Begriffe schon einen natürlichen Gegenstand mitbringt: den Benutzungsfall, und einen natürlichen Höchstbetrag: den zu ersetzenden Gesamtaufwand für die benützte Sache, der nur zu verteilen ist auf die Masse der Benutzungsfälle. Was dieses Mafs überschreitet, geht über das natürliche Gebiet der Gebühr hinaus und greift ein in das der Steuerauflage, für welches das Gesetz keine Ermächtigungen giebt.

Dadurch bekommt auch eine allgemeine Ermächtigung der Regierung zur Gebührenauflage stillschweigend eine rechtliche Schranke: eine jenes Mafs überschreitende Auflage wäre durch die Ermächtigung nicht gedeckt und rechtsungültig[26].

---

[25] Brückengeld, Chausseegeld, Hafengeld werden demgemäfs im Gegensatz zu anderen Gebühren als „allgemeine Anlagen“ im Sinne des A.L.R. II, 14 §§ 78 u. 79 bezeichnet (C.C.H. 8. Okt. 1870; J.M.Bl. 1870 S. 352), oder als „Abgaben“ (C.C.H. 9. Dez. 1865; J.M.Bl. 1866 S. 125).

[26] Die Staatswissenschaft sucht teilweise dieses natürliche Mafs der Gebühr als einen notwendigen Bestandteil des Begriffs zu verwerten. Dann wird unter Umständen ein und dieselbe Auflage bis zu einem gewissen Betrage Gebühr und darüber hinaus Steuer genannt werden. Wir können natürlich damit nichts anfangen; Gebühr bleibt für uns Gebühr, auch wenn sie übersetzt ist; das entscheidende Merkmal ist für uns nur die Anknüpfung an eine Leistung des Staates, wofür die Auflage den Entgelt liefert. Das natürliche Mafs, wie wir es oben aufstellten, ist zunächst nur ein Sollen und für das Gesetz rechtlich gar nicht bindend; für die ermächtigte Regierung wird es rechtlich bindend nur in der Weise, dafs es die obere Grenze bezeichnet. Darüber Neumann, Die Steuer S. 303 ff. Der Grundsatz über die natürliche Mafsbestimmung ist ausgesprochen u. a. in der Preufs. Verord. v. 16. Juni 1838, die Kommunikations-Abgaben betr. Die Reichs-

Diese Ermächtigungen können aber naturgemäfs nur ausgeübt werden in Form der Verordnung: es giebt keine andere Form als den Rechtssatz, um allgemein jeden Einzelnen zu treffen, der nur seine Freiheit gebraucht, wenn er den Gemeingebrauch ausübt. Auflage durch Verwaltungsakt im Einzelfalle wäre rechtlich denkbar, aber thatsächlich nicht durchführbar, auch wohl in der Ermächtigung gar nicht begriffen, welche die allgemeine Regelung als selbstverständlich voraussetzt.

So geht denn alle Gebührenauflage wegen Gemeingebrauchs, ob sie durch Gesetz unmittelbar oder mit seiner Ermächtigung durch Verordnung erfolgt, von der Form eines Rechtssatzes aus. Mit diesem Ausgangspunkt tritt sie wieder ganz neben die Steuer, um sich in allem Weiteren deren Formen einfach anzuschliefsen.

Nach der Unterscheidung, welche wir oben (Bd. I § 27, III) aufgestellt haben zwischen direkten und indirekten Steuern, sind es selbstverständlich nur die letzteren, deren Erhebungsformen der Eigenart unserer Gebühr entsprechen. Was wir von den Erhebungsformen der indirekten Steuern gesagt haben, gilt ohne weiteres für diese Gebühr. Die Gesetzgebung hat auch hier die Erhebung noch mannigfach gesichert durch Finanzbefehle und Finanzstrafen, welche auf die Hinterziehung gesetzt sind[27].

2. Umgekehrt können im Zusammenhange mit dem Rechte des Gemeingebrauchs dem Einzelnen auch besondere Nachteile erwachsen. Diese Nachteile werden nur insofern von rechtlicher Bedeutung, als sie zurückzuführen sind auf ein Verhalten der öffentlichen Verwaltung selbst, das sie verursacht. In diesem Falle werden nämlich die Grundsätze von der öffentlichrechtlichen Entschädigung in Frage kommen. Der Einzelne hat Anspruch auf Ausgleichung in Geld wegen aller besonderen Opfer, die ihm durch die Einwirkungen der Lebensthätigkeit der öffentlichen Verwaltung zugemutet werden. Die allgemeinen Regeln dieses Rechtsinstituts sollen unten in §§ 53 u. 54 ausführlich dargelegt werden. Sie finden auch in diesem Verhältnis einfach Anwendung.

Solche Nachteile können aber für den Einzelnen auf zweierlei Weise zugehen; es ergeben sich hier gleichlaufende Erscheinungen zu den zweierlei Arten, wie der Gemeingebrauch besondere Vorteile bedeuten kann, und wie sie im Gegensatz der Beiträge und Gebühren zum Ausdruck kommen.

---

verfassung hat ihn für die Landesgesetzgebung bezüglich der Hafengebühren, Wasserzölle und Schiffahrtsabgaben bindend gemacht (Art. 54 Abs. 2 u. 3).

[27] Beispiel in A.L.R. II, 15 §§ 123, 129.

Der besondere Nachteil kann erwachsen aus der Ausübung des Gemeingebrauchs im Einzelfalle, aus einer Verkehrshandlung, wie sie umgekehrt auch Gegenstand einer Gebührenpflicht sein könnte. Das hat gar nichts Eigentümliches an sich. Eine Entschädigungspflicht des Staats oder des an seiner Stelle stehenden Herrn der öffentlichen Sache wird dann begründet sein, wenn der Schaden in Kausalzusammenhang steht mit der Art, wie die Verwaltung der öffentlichen Sache geführt wurde, mit ihrem mangelhaften Zustande, oder mit unrichtigen Vorkehrungen, die dabei getroffen worden sind: die schlecht unterhaltene Brücke stürzt ein unter dem darüber rollenden Fuhrwerk, der Wanderer fällt des Nachts in eine unverdeckte und ungesichert gelassene Öffnung des Abzugskanals in der Strafse. Es sind einfach die auch sonst zu handhabenden Regeln von der öffentlichrechtlichen Entschädigung, die da zur Anwendung kommen. Also davon später[28].

Es kann aber auch, wie der Vorteil in der Herrichtung und Bereithaltung der öffentlichen Sache, also in der Ermöglichung des Gemeingebrauchs, so der besondere Nachteil liegen in der Auflassung oder ungünstigen Abänderung der öffentlichen Sache, also in der Entziehung der Möglichkeit des Gemeingebrauchs. Die Entschädigung, die dafür geschuldet würde, wäre ein Gegenstück des Beitrags. Der wichtigste Fall ist der einer Verlegung, Erhöhung oder Tieferlegung der Strafse, durch welche den bisherigen Angrenzern, namentlich den vorhandenen Wohngebäuden, die Benutzung der Strafse für den Zugang und für sonstige Vorteile des Gemeingebrauchs entzogen oder erschwert wird.

Dieser Fall ist für die Lehre vom Gemeingebrauch und vom öffentlichen Eigentum überhaupt von verhängnisvoller Bedeutung geworden. Denn dafs der also Benachteiligte entschädigt werden soll, darüber war man bald einig. Den Anspruch juristisch zu erklären aber war man nicht recht im stande und hat dann verschiedene civilrechtliche Begründungen versucht, die geeignet waren, alles in Verwirrung zu bringen[29].

[28] Hier nur als Probestück R.G. 4. April 1882 (Samml. VII S. 288): Kläger fiel, als er abends von dem Hause des G. aus den Übergang zur Landstrafse passieren wollte, in den in dem Graben angebrachten zum Zwecke des Wasserabzuges dienenden sog. Fallkessel und erlitt dabei einen Beinbruch; die Beschädigung ist durch eine mangelhafte und vorschriftswidrige Beschaffenheit der an der Landstrafse befindlichen Einrichtungen entstanden, wofür der Staat als Eigentümer der Landstrafsen haftbar gemacht werden kann, und zwar, wie das Gericht meint, ex delicto gemäfs Art. 1389 c. c.; von dieser Begründungsweise wollen wir unten § 53 noch sprechen.

[29] Ausführlich behandelt diese Versuche Ubbelohde a. a. O. S. 175 ff.

Eine sehr häufig aufgestellte Erklärungsweise geht dahin, dafs die Anlieger eine civilrechtliche Servitut oder ein besonderes servitutartiges Recht an ihrer Strafse erworben hätten. Damit ist dann das Thor geöffnet für die Meinung, dingliche Rechte nach Civilrecht könnten schlechthin an der Strafse begründet werden, und der ganze Begriff des öffentlichen Eigentums verwischt. Mit dieser Servitut stünde es freilich sehr eigentümlich. So lange nämlich die Strafse besteht, würde sie keine Wirkung äufsern, die nicht auch schon der Gemeingebrauch ergäbe. Wenn aber die Strafse verlegt oder sonst der bisherige Strafsenboden civilrechtlicher Rechtsbegründung zugänglich wird, dann soll erst recht keine Servitut vorhanden sein, sondern lediglich ein Anspruch auf Entschädigung. Nur um diesen zu begründen, auf den es allein abgesehen ist, wird der Umweg durch die Annahme einer Servitut gemacht, die sonst niemals selber zum Vorschein kommt[30].

Und wie soll die Servitut begründet sein? In dieser Beziehung wird uns ziemlich viel zugemutet. Die Servitut soll nämlich durch Vertrag entstehen. Der Staat, die Gemeinde haben durch Anlage der Strafse die Angrenzer eingeladen, Häuser daran zu errichten, und für diesen Fall die Servitut bewilligt. Durch Erbauung eines Hauses nimmt man diese stillschweigende Offerte stillschweigend an[31]! Vorher schon gebaute Häuser haben allerdings das gleiche

[30] Nur vereinzelt kommt der Versuch vor, eine auch nach Auflassung der Strafse fortdauernde Servitut zu behaupten. O.Tr. 27. April 1869 (Str. 74 S. 278): In Bonn hatte die Stadt einen Teil der bisherigen Strafse zu dem Hausbau eines Privaten abgetreten; der Nachbar verliert seine Aussicht und klagt gegen den Eigentümer des Neubaues auf Beseitigung. Der Appellhof Köln weist ab, weil es sich um „eine polizeiliche Mafsregel" handle, für welche nur Entschädigung beansprucht werden könne; die bekannte Formel! Das Ober-Tribunal bestätigt, aber aus anderen Gründen: „Das Recht des Adjacenten findet seine Grenze in demjenigen Rechte der Belastung des öffentlichen Eigentums, welches, indem es unerläfsliche Voraussetzung der Bewohnbarkeit jenes Hauses bildet, als von der Verwaltung stillschweigend übernommen betrachtet werden darf. Dazu gehört die Aussicht nicht. Der Verklagte ist aber nicht weiter verpflichtet, als die Stadt es sein würde, wenn sie selbst gebaut hätte." Hier wird also geradezu die Belastung der Strafse durch den Gemeingebrauch für die angrenzenden Häuser in civilrechtliche Dienstbarkeiten nach Auflassung der Strafse übersetzt. Das ist ein seltener Fall, erklärlich wohl nur dadurch, dafs das Gericht in der Lage war, der vermeintlichen Dienstbarkeit gleichwohl die Wirksamkeit absprechen zu können.

[31] R.G. 13. Febr. 1883 (Samml. X S. 271 ff.): Darin, dafs von der Verwaltung ein bestimmtes Terrain zur städtischen Strafse erklärt wird, liegt die Aufforderung, Häuser an derselben zu errichten. So wird zwischen der Gemeinde und den jener Aufforderung entsprechenden Grundeigentümern ein stillschweigendes Vertrags-

Recht. Der denkende Jurist wird aber zur Not auch hier einen stillschweigenden Vertrag mit umgekehrter Reihenfolge der Erklärungen herzustellen wissen[32].

Wenn man doch schon eines stillschweigenden Vertrages bedarf, so ist es gewifs richtiger, unmittelbar auf das Ziel loszugehen und einfach anzunehmen, der Staat habe für den Fall der Verlegung oder Änderung der Strafse den Anliegern Entschädigung versprochen; mag man das dann ein Garantieversprechen oder sonst wie nennen. Dafs dieses Versprechen zu Gunsten jedes Rechtsnachfolgers des ersten Angrenzers wirkt, wäre dagegen ein so grofses Bedenken nicht[33].

Der Haupteinwand gegen alle diese Verträge wird aber immer der sein, dafs sie thatsächlich nicht wahr sind. Der Staat, die Gemeinde denken gar nicht daran, eine derartige Verpflichtung freiwillig übernehmen zu wollen. Der Entschädigungsanspruch kann nur unmittelbar auf Rechtstatz beruhen. Man würde niemals zu dem Notbehelf der Annahme solcher Verträge greifen, wenn man nicht eben noch in völliger Unkenntnis sich befände von dieser rechtssatzmäfsigen Grundlage. Sie ist aber einfach gegeben in unserem Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Entschädigung, demselben, welches auch zur Ausgleichung der bei Ausübung des Gemeingebrauchs erlittenen Nachteile zur Anwendung kommt.

---

verhältnis begründet. Dadurch entstehen „private Benutzungsrechte, welche sich juristisch als Servituten charakterisieren“. Diese Entscheidung erging für das Gebiet des französischen Rechts; für das des Preufs. Landrechts wird die gleiche Konstruktion aufgestellt im R.G. 7. März 1882 (Samml. VII S. 213). Auch O.Tr. 10. April 1866 (Str. 62 S. 273) hat sich derselben bedient; vgl. auch die Entscheidung oben Note 30. Bei den Franzosen ist diese Ausdrucksweise von jeher sehr beliebt: Demolombe XII n. 699; Aubry u. Rau III S. 70. Sie meinen es nur nicht so ernst damit; vgl. Theorie des Franz. V.R. S. 328 ff.

[32] So meint es wohl das Reichsgericht in den soeben angeführten Entscheidungen: wenn das Haus schon bestand und die öffentliche Strafse nachträglich hinzukommt, „liegt die Sache nicht wesentlich anders, denn der Hauseigentümer mufs sich in diesem Falle den erwähnten Einschränkungen seines Eigentums unterwerfen“ (Samml. VII S. 213); oder, wie es auch ausgedrückt wird, es tritt das Haus in diesem Falle „in den begründeten Rechtsnexus ein“ (Samml. X S. 272). Das klingt allerdings etwas dunkel; namentlich der Rechtsnexus scheint ein richtiges juristisches Fabelwesen zu sein.

[33] Ein derartiges stillschweigendes Garantieversprechen wird z. B. angenommen in der Entsch. in Seuff. Arch. XXII S. 144, welche Bekker, Pand. S. 346 zustimmend anführt. Oder man arbeitet gar mit der Fiktion einer gestellten cautio damni infecti. Beispiele bei Ubbelohde a. a. O. S. 183 ff., der sich mit Recht gegen diese Künstelei ausspricht.

Dafs seine Voraussetzungen: Mafsregel der öffentlichen Verwaltung und besonderes Opfer des Einzelnen, hier zutreffen, ist klar. Die Verlegung oder Änderung der Strafse, die im öffentlichen Interesse geschieht, schädigt zugleich das Vermögensinteresse des Angrenzers, der auf den Gemeingebrauch angewiesen war, den er jetzt nicht mehr hat, und dieser Nachteil wird ihm vergütet[34].

Wir haben nur noch auf die Frage zu antworten, warum diese Entschädigung nur zu Gunsten der Angrenzer Platz greift und nicht auch zu Gunsten Anderer, die aus der Änderung Nachteile erleiden mögen. Dieser Umstand war es ja gerade, der zu der Erklärung mit Hülfe einer jenen allein zustehenden Servitut geführt hat. Die richtige Erklärung ist aber von selbst gegeben in den besonderen Regeln der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Sie begreift durchaus nicht schlechthin jeden Nachteil, der jemandem aus den Mafsregeln der öffentlichen Verwaltung erwächst. Das Opfer, das sie voraussetzt, ist nur die unmittelbare Wertentziehung, der greifbare Schade: es mufs dem Geschädigten etwas genommen sein, das er hat. Nur in diesem Umfang kann diese allgemeine Entschädigungspflicht vernünftigerweise gelten und gilt sie (vgl. unten § 53, II).

Daher der Unterschied zwischen dem Angrenzer und sonstigen Beteiligten. Der Angrenzer steht in einem besonderen Verhältnisse zu dem vor ihm liegenden Strafsenteil. Die Zugänglichkeit und, was sonst vermöge des Gemeingebrauchs die Strafse seinem Gebäude gewähren mufs, bildet einen Teil des rechtmäfsigen Bestandes dieses Vermögensstückes. Wird dem Hause die Strafse entzogen, so ist das ein unmittelbarer Eingriff in diesen Bestand, der seinen Wert vermindert[35].

---

[34] Um den grofsen Zusammenhang der ganzen Erscheinung zu erkennen, ist es allerdings nötig, dafs man imstande sei, den Kreis zu durchbrechen, in welchen die Civilisten sich einzuspinnen pflegen. Das ist Dernburg gelungen, indem er (Pand. I § 72) die Entschädigung hier zurückführt auf den „Grundsatz des jetzigen Rechts, dafs Mafsnahmen im öffentlichen Interesse, welche eine Schädigung des Vermögens von Privaten bewirken, auf Kosten der Gemeinheit und nicht des Einzelnen geschehen". Das ist der Satz; wir brauchen sonst nichts mehr. Civilrechtlicher Natur ist er selbstverständlich nicht.

[35] Der Gedanke, dafs die Strafse für das angrenzende Grundstück einen Teil seines Wertbestandes selber bildet, und dafs deshalb die Entschädigung geschuldet ist, findet sich scharf ausgesprochen in C.C.H. 13. Okt. 1866 (J.M.Bl. 1867 (S. 39): Ein Fahrweg wird unterdrückt; dem Kläger gebührt Entschädigung, „weil seine nur auf dem bisherigen Wege erreichbare Anlage unbrauchbar und wertlos durch das Verbot des Weges geworden, er also gewissermafsen einen Teil seines Privateigentums im Interesse des allgemeinen Nutzens hat aufgeben müssen."

Nachteil von der Änderung können auch Andere haben, die nicht unmittelbar angrenzen. Namentlich die Nachbarn, vor deren Grundstück die Strafse noch bestehen bleibt, können durch die Unterdrückung der Fortsetzung derselben genötigt sein, Umwege zu machen oder sind vielleicht in eine Sackgasse geraten. Das sind keine Eingriffe in ihren Vermögensstand, keine Wertentziehungen; denn ihr Grundstück selbst bleibt benutzbar, zugänglich und mit allen Vorteilen des Gemeingebrauchs versehen, die es hatte. Andere, noch entferntere Personen sind vielleicht in ähnlicher, noch geringerer Weise beteiligt: niemand als der Anlieger hat aus der Strafsenänderung den unmittelbaren greifbaren Schaden, der hier allein in Betracht kommt.

Darin liegt die ganze Lösung der Frage des „Sonderrechtes" der Anlieger[36].

[36] Ubbelohde a. a. O. S. 187 bekämpft den vorhin erwähnten Ausspruch Dernburgs mit dem Hinweis auf die Folgen, zu welchen die Anwendung von dessen „Grundsatz" führen würde. Die Frachtfuhrleute, welche durch Eröffnung der Eisenbahn, die Eigentümer und Hypothekare der Häuser an der alten Strafse, welche durch Ablenkung des Verkehrs nach der neuen Strafse, die Industriellen und Landwirte, welche aus dem Abschlusse der neuen Handelsverträge Schaden leiden, müfsten nach ihm in Anwendung jenes Grundsatzes ebenfalls Entschädigung beanspruchen können. Diese Befürchtungen werden bei genauerer Kenntnis des Rechtsinstitutes der öffentlichrechtlichen Entschädigung beseitigt werden. In den vorgelegten Beispielen ist überall wohl ein Schade aus der Mafsregel der öffentlichen Verwaltung gegeben, aber nicht jener unmittelbare greifbare Schade, das Opfer, wie die öffentlichrechtliche Entschädigung es voraussetzt. Aus der Unterscheidung dieses unmittelbaren Schadens gegenüber dem entfernteren erklären sich auch manche scheinbare Widersprüche der gerichtlichen Urteile; die Wissenschaft, welche die Bedeutung dieses Unterschiedes nicht erfafst hat, glaubt da Schwankungen der Rechtspflege feststellen zu können, wo in Wirklichkeit keine sind. Insbesondere das Reichsgericht hat sich dieser Kritik ausgesetzt, insofern es, wie oben Note 31 erwähnt, in gewissen Fällen grundsätzlich den Entschädigungsanspruch für begründet erklärt, daneben aber in anderen Fällen ihn ebenso grundsätzlich zu verneinen scheint. Darüber Bekker, Pand. S. 347. Die Fälle der letzteren Art sind aber eben lauter solche, in denen eine unmittelbare greifbare Schädigung im angegebenen Sinne nicht vorliegt. R.G. 16. Nov. 1880 (Samml. VII S. 171): Eine Strafsenstrecke wird aufgehoben bis an das Grundstück, auf welchem die Häuser des Entschädigungsklägers stehen; dieser beschwert sich über „die Beschränkung der Zuwegung seines Grundstückes"; er hat aber noch anderen Zugang, die Bequemlichkeit des Zuganges ist nur vermindert; die Zurückweisung des Entschädigungsanspruches war also gerechtfertigt. Dabei hat das Reichsgericht allerdings in der Begründung die Idee einer durch stillschweigenden Vertrag eingeräumten Servitut an dem Strafsenboden ausdrücklich verworfen, welche es, wie wir gesehen, in andern Entscheidungen ebenso ausdrücklich billigt; überflüssig ist das eine wie das andere gewesen. — R.G. 13. Jan. 1882 (Samml. VI S. 159 ff.): Ein Weg wird aufgehoben; Entschädigungsklage eines Grundbesitzers wegen der

Es hat dies übrigens, wenn man genauer zusieht, sein vollkommenes Seitenstück auch in den Entschädigungsansprüchen für jene Nachteile, die bei Ausübung des Gemeingebrauchs erlitten werden. Die Beispiele, die wir oben gegeben haben, lassen die nämlichen Unterschiede erkennen. Die Brücke ist schadhaft und kann nicht ohne Gefahr benützt werden: grofser Schaden für alle Nachbarn und alle diejenigen, welche auf den Verkehr darüber angewiesen sind. Der Graben, der durch die Strafse gezogen ist und ungeschickterweise längere Zeit offen bleibt, macht sie unfahrbar; alles mufs Umwege nehmen, Eisenbahnzüge werden versäumt, die bedeutendsten Verluste sind nachzuweisen. Niemand erhält Entschädigung; nur der, welcher mit der Brücke einbricht, in den Graben stürzt; diesem allein ist ein unmittelbarer Nachteil erwachsen im Sinne des Rechtsinstituts der öffentlichrechtlichen Entschädigung.

Das sind Dinge, die an gehöriger Stelle noch weiter erörtert werden sollen. Uns ist hier an der Aufklärung nur soweit gelegen, dafs die Lehre vom Gemeingebrauch auch in dieser Richtung unverfälscht bleibe durch künstliche Zuthaten.

§ 38.

Fortsetzung; die Gebrauchserlaubnis.

Das Recht des Gemeingebrauchs ist, wir wir sahen, nicht begründet durch eine staatliche Gewährung, sondern ist ein Bestandteil der persönlichen Freiheit.

Im Gegensatze dazu beruht aller Gebrauch, welcher dem Einzelnen über den Gemeingebrauch hinaus an öffentlichen Sachen zustehen mag, auf einer staatlichen Gewährung und kann nur darauf beruhen.

Dafs solche Gewährungen möglich sind, beweist am besten, dafs es sich hier nicht um res nullius handelt, noch um Sachen, deren

Umwege, die er deshalb machen mufs, vom Standpunkt der öffentlichrechtlichen Entschädigung aus vollkommen richtig als unbegründet abgewiesen. — R.G. 4. Nov. 1881 (Samml. VII S. 173): Ein dritter, nicht von der stattgehabten Enteignung betroffener Grundbesitzer verliert in Folge einer störenden Bahnanlage die Vorteile, welche ihm seither der Verkehr auf der Landstrafse gebracht hatte. Das sind, wie das Gericht sagt, „zufällige Vorteile“, für welche keine Entschädigung zu gewähren ist; es handelte sich um „entferntere Nachteile“, wie wir es ausdrückten, und das rechtfertigt die Entscheidung. Vgl. auch bayr. Ob.G.H. 27. Okt. 1877 (Samml. VII S. 50), 12. Mai 1878 (Samml. VII S. 842); Sächs. Minist. d. I. 9. Aug. 1881 (Sächs. Ztschft. f. Pr. II S. 319).

eigentlicher Herr das Publikum mit seinem usus publicus wäre. Denn die Gewährung hat zu ihrem Ausgangspunkt nichts anderes als die rechtliche Herrschaft über die öffentliche Sache, welche dem Gewährenden zusteht und welche er ausübt in der Einräumung verschiedenartiger Nutzungen, ganz frei oder gebunden in bestimmter Ordnung.

Ihrer rechtlichen Gestalt nach zerfallen diese Gewährungen in zwei scharf getrennte Arten:

Es kann dem Einzelnen eine rein thatsächliche Einräumung gemacht werden, vermöge deren er die öffentliche Sache benutzen darf in einer im Gemeingebrauch nicht schon enthaltenen Weise, ohne von dem Herrn der öffentlichen Sache daran gehindert zu werden, die Gebrauchserlaubnis.

Es kann zu Gunsten eines Einzelnen durch Verwaltungsakt ein ausschliefslicher Besitz und rechtlich geschützte Herrschaft an einem bestimmten Stück der öffentlichen Sache begründet werden; das ist der Fall der Verleihung.

Beide Arten sind wieder begleitet von Gebührenpflichten, die entsprechend verschieden begründet werden.

Die Gebrauchserlaubnis an öffentlichen Sachen, von der hier zunächst die Rede sein soll, ist so ziemlich eines unserer verwahrlostesten Rechtsinstitute. Sie steht zwischen Gemeingebrauch und Verleihung mitten inne; beide Rechtsbegriffe pflegen aber schlecht bestimmt und begrenzt zu werden, derart, dafs die Gebrauchserlaubnis bald nach der einen, bald nach der anderen Seite hin verschwimmt. Dazu hat sie sich noch der verschiedenartigsten civilrechtlichen Erklärungen zu erwehren, die, so unwahr sie sind, als bequeme Auskunftsmittel sich darzubieten scheinen.

Es handelt sich um Arten des Gebrauchs der öffentlichen Sachen, die im Gemeingebrauch nicht begriffen sind, also besonders verstattet sein müssen, um zulässig zu sein. Die Gewährung geschieht aber andererseits nicht in Gestalt der Begründung eines Rechts an der Sache, sie ist keine Verleihung. Die Gebrauchserlaubnis mufs also klar herausgehoben werden zwischen beiden, damit unsere Lehre von den Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen ihre Bestimmtheit und scharfe Gliederung bewahre.

I. Da die Gebrauchserlaubnis kein Stück des Gemeingebrauchs ist, hat sie ihr Anwendungsgebiet sowohl an Sachen, die diesem unterliegen, als an solchen, wo das nicht der Fall ist.

An öffentlichen Strafsen und Plätzen findet eine solche über den Gemeingebrauch hinausgehende Verstattung in mancherlei Weise statt. Vor allem sind es gewerbliche Thätigkeiten, welche Vergünstigungen

dieser Art in Anspruch nehmen: Droschkenhaltestellen, Zeitungskioske, Sodawassertrinkhallen, Backwarenstände und andere Verkaufsbuden erhalten da ihren Raum. Nasenschilder, Schaukästen, Briefkästen ragen in das Gebiet des Straſsenverkehrs herein. Die öffentlichen Plätze werden zeitweilig für Jahrmarktsstände, Schaubuden, Karussels bewilligt.

Ebenso dienen die Wasserstraſsen den Schiffen nicht bloſs zum Verkehr; denselben kann auch gestattet werden, an besonders dazu angewiesener Stelle still zu liegen und die Ufer zum Ab- und Zugang, zum Ein- und Ausladen zu benutzen, auch auſserhalb der dazu bestimmten Hafenstaden. Gemeingebrauch ist das nicht mehr, sondern Ausnahme und besondere Gewährung.

An öffentlichen Sachen, die nicht dem Gemeingebrauch dienen, zeichnen sich solche Gewährungen noch deutlicher ab. Das Überschreiten des Bahnkörpers kann mit Rücksicht auf besondere Verhältnisse einmalig oder dauernd gestattet sein. Ebenso der Weg über Festungswerke oder die Benützung des Festungsgrabens für Eissport und dergl. Der Verkauf der Grasnutzung, die Verpachtung der Fischerei enthält von selbst zugleich eine solche Erlaubnis. Kirchen und Kirchhöfe geben in dieser Klasse von öffentlichen Sachen besonders wichtige Beispiele. An ihnen besteht kein Gemeingebrauch. Beide aber werden zu gewissen Zeiten dem freien Eintritt geöffnet zu den entsprechenden Zwecken: Teilnahme am Gottesdienst, Besuch der Gräber. Beim Kirchhof verbindet sich mit der Anweisung eines Grabes zur Beerdigung immer zugleich die Erlaubnis für die Angehörigen, dieses Grab zu schmücken; die Errichtung eines Grabsteines, eine Umhegung kann auch bei dem gewöhnlichen Reihengrabe gestattet sein. Das ist alles weder Gemeingebrauch noch Verleihung, sondern etwas zwischen beiden, die bloſse Gebrauchserlaubnis.

Die rechtliche Natur der Gewährung, die in allen diesen Fällen stattfindet, wird erst klar, wenn wir sie erkennen im Zusammenhang eines umfassenderen Begriffes, dem sie angehört. In dieser Weise haben wir den Gemeingebrauch zurückgeführt auf den Begriff der bürgerlichen Freiheit; ebenso werden wir in der Verleihung einen Anwendungsfall des Begriffes des Verwaltungsaktes aufweisen. Die Gebrauchserlaubnis ihrerseits gehört ihrer rechtlichen Natur nach in den Ideenkreis der Nutzungsgewährungen an öffentlichen Anstalten.

Von den öffentlichen Anstalten, welche dazu bestimmt sind, den Einzelnen Vorteile zu gewähren und Dienste zu leisten, wird unten

§ 52 ausführlich die Rede sein. Dort wird auch die Rechtsform ihre Darstellung finden, in welcher sie das thun. Es ist ihrem Wesen nach die nämliche wie die, welche in unserer Gebrauchserlaubnis erscheint. Das tritt namentlich bei solchen öffentlichen Anstalten schon auf den ersten Blick hervor, welche ihren Dienst den Einzelnen gerade dadurch leisten, daſs sie ihnen Zutritt gewähren, Plätze einräumen, um thätig zu werden oder von da aus weitere Vorteile zu genieſsen, wo also das sachliche Mittel, das Grundstück, das Gebäude, womit der Anstaltszweck verfolgt wird, in den Vordergrund tritt. Markthallen, Schlachthäuser, Museen, Bibliotheken, Krankenhäuser geben Beispiele. Die öffentlichen Sachen, insofern sie dem Einzelnen zum Gebrauch eröffnet werden über den Gemeingebrauch hinaus und nicht durch Verleihung, werden behandelt als öffentliche Anstalten, und die Gebrauchserlaubnis geschieht nach dem Muster der Gewährung von Anstaltsnutzungen.

Und zwar ist es ausschlieſslich die öffentlichrechtliche Form der Anstaltsnutzung, die hier zur Anwendung kommt. Wir werden unten (§ 51, I) eine Unterscheidung zu machen haben, wonach die öffentlichen Anstalten bei dem Verhältnisse zu den Einzelnen, welchen sie ihre Leistungen machen, nur teilweise auf dem Boden des öffentlichen Rechtes verbleiben und dann die Gestalt von Rechtsbeziehungen ergeben, deren Darstellung unsere Aufgabe ist; zum Teil werden ihre Leistungen auch vermittelt durch civilrechtliche Verträge: Sachmiete, Dienstverträge, Werkverdingungen. Die anstaltsmäſsigen Gewährungen an öffentlichen Sachen haben nur die erstere Form.

Die Nutzungen, die da eingeräumt werden, könnten ihrer Art nach ebensowohl in civilrechtliche Rechtsgeschäfte gekleidet sein, insbesondere die Sachmiete liegt nahe. Aber die Frage, ob Civilrecht, ob öffentliches Recht, ist hier an die Anstaltsleistung nicht mehr zu richten; sie ist entschieden zu Gunsten des letzteren, sobald feststeht, daſs die Leistung von dieser besonderen Art von Anstalt, von einer öffentlichen Sache ausgeht. Der Gegensatz der civilrechtlichen Leistung desselben Inhalts steht auch hier daneben, aber auſserhalb der öffentlichen Sache. Beispielshalber kann eine Stadtverwaltung den Platz zur Aufstellung einer Schaubude, einer Trinkhalle, eines Verkaufsstandes sehr wohl auch in Gestalt eines Mietvertrages oder sonstigen civilrechtlichen Rechtsgeschäftes einräumen. Wenn sie einen ihrer freiliegenden Bauplätze dazu hergiebt, so kann das gar nichts anderes sein. Verstattet sie aber die öffentliche Straſse, den öffentlichen Platz dazu, so macht sich sofort wieder die Unzugänglichkeit der öffentlichen Sache für civilrechtliche Rechtsgeschäfte geltend: die Gewährung ist öffentlich-

rechtlicher, oder wie man älterer Ausdrucksweise entsprechend sagt, polizeilicher Natur, gleich der von Droschkenstandplätzen, Marktsitzen u. s. w.

II. Wenn wir demnach die Gebrauchserlaubnis grundsätzlich in die Lehre von der Gewährung der Anstaltsnutzungen verweisen, so bedingt doch die Anwendung des allgemeinen Rechtsinstituts auf die öffentlichen Sachen gewisse Besonderheiten. Um den Gegensatz der anderen beiden Arten von Nutzungsrechten deutlich hervortreten zu lassen, stellen wir hier die wesentlichen Regeln der Gebrauchserlaubnis zusammen.

1. Die Erteilung der Gebrauchserlaubnis ist, wie die Gewährung der Anstaltsnutzung, keine aufserordentliche Mafsregel, keine Entäufserung, sondern gehört zur laufenden Verwaltung. Sie verbindet sich von selbst mit derjenigen Thätigkeit, welche darauf gerichtet ist, die gute Ordnung der öffentlichen Sache aufrecht zu erhalten, mit der Polizei der öffentlichen Sache.

Das wird wichtig in den Fällen, wo das Eigentum an der Sache und die Polizei darüber von getrennten Behörden vertreten wird. Die Erteilung der Gebrauchserlaubnis gehört zur Zuständigkeit der Polizeibehörde und der von ihr abhängigen Bediensteten[1].

Zur Erteilung der Gebrauchserlaubnis genügt jede zuständige Willensäufserung, aus welcher die Einwilligung in diese bestimmte Art von Gebrauch durch diese Einzelnen sich ergiebt.

Es ist nicht nötig, dafs diese Äufserung von einer mit obrigkeit-

---

[1] Eine derartige Ordnung findet sich namentlich bei städtischen Strafsen; die Strafse ist Eigentum der Gemeinde, die Polizeiverwaltung steht einer staatlichen Behörde zu. Auch wo beides namens der Gemeinde geübt wird, kann die Zuständigkeit zwischen verschiedenen gemeindlichen Behörden nach diesem Mafsstabe verteilt sein. — Einen Fall behandelt Württemb. V.G.H. 9. Mai 1887 (Reger VIII, S. 96): Die Privatpost will Briefkasten anbringen. Das Ministerium sagt, der Erwerb eines Rechtes zur Anbringung setze voraus „die privatrechtliche Zustimmung“ des Eigentümers der Strafse, d. h. der Gemeinde, und die polizeiliche Erlaubnis „zu der aufserhalb der Grenze der allgemeinen Benutzung gelegenen Sonderbenutzung des Luftraumes der Strafse“. Im vorliegenden Falle war die letztere allein gegeben worden; es war deshalb ein „Privatrecht“ nicht begründet und die Polizeibehörde befugt, die Erlaubnis einfach zurückzunehmen. Jenes Privatrecht hätte eine Verleihung bedeutet (unten § 39, Note 1), die thatsächliche Einräumung der aufserhalb der Grenze des Gemeingebrauchs gelegenen Sonderbenutzung, welche die Polizeibehörde allein hatte gewähren können, bedeutete das hier besprochene Rechtsinstitut. Der Unterschied wurde in diesem Falle wichtig, sofern allerdings die Gebrauchserlaubnis frei widerruflich ist, die Verleihung nicht.

licher Befehlsgewalt ausgerüsteten Behörde ausgehe; es können ebensowohl auch untergeordnete Bedienstete dazu berufen sein.

Es besteht auch keine feste Form, in welcher sie erscheinen müfste; sie kann ebensowohl den einzelnen Erlaubnisfall genau bestimmen, als in umfassender Weise die Einladung zu einer gewissen Gebrauchsart ergehen lassen.

So wird mit der Indienststellung von Kirchhöfen und Kirchengebäuden zugleich die allgemeine Zulassung der zum Besuch Berufenen verbunden sein; die genaueren Zeitgrenzen der Verstattung bezeichnet die Thätigkeit der untergeordneten Bediensteten, welche die Thore öffnen und schliefsen.

In anderen Fällen ist der besondere Gebrauch wieder allgemein angeboten, aber die Ausübung abhängig von der Anweisung eines bestimmten Platzes, an welchem er stattfinden darf. So bei Marktständen, Droschkenhalteplätzen, Liegeplätzen im Schiffahrtskanal. Die Anweisung wird dann am Platze selbst durch einen Überwachungsbeamten erteilt werden, einen Marktaufseher, Strafsenpolizeibeamten, Schleusenwärter. Und erst damit wird die Gebrauchserlaubnis für den Einzelnen begründet sein[2].

Andere Verstattungen werden von vornherein nur von Fall zu Fall erteilt und sind der leitenden Behörde derart vorbehalten, dafs diese auch die Platzanweisung mit erteilt. So bei Aufstellung von Trinkhallen, Zeitungskiosken, Schaubuden, Anschlagsäulen.

2. Die rechtliche Natur der Erlaubniserteilung ist in allen Fällen die gleiche. Sie ist weder ein blofses Anerkennen und Geschehenlassen eines an sich schon bestehenden Rechtes des Gemeingebrauchs, noch soll sie mit der Kraft des Rechtsgeschäftes neue Rechtsverhältnisse bezüglich der Sache begründen. Es ist lediglich eine thatsächliche Verwendung der Sache kraft des Berufes, sie zu verwalten, eine Verwendung zu Gunsten des zum Gebrauche Zugelassenen[3].

Grundsätzlich ist die Erteilung wie die Versagung der Erlaubnis frei. Dienstanweisungen bringen Regel und Gleichmafs in das zu beobachtende Verfahren, ohne dafs dadurch im Verhältnis zu den Be-

---

[2] Beispiel in Bayr. Kanalordnung § 44; Pözl, Bayr. Wasserges. S. 489.

[3] In diesem Sinne richtig Leuthold in Wörterbuch II, S. 86: „demgemäfs ist auch die Zuweisung des Platzes an den einzelnen Marktgast nicht als Privatgeschäft, sondern als Handlung der öffentlichen Verwaltung anzusehen“. Wir fügen hinzu: auch nicht als öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft. Das scheidet sie eben von der Verleihung, die ihrerseits Verwaltungsakt ist und öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft (oben Bd. I, S. 101).

teiligten ein rechtlicher Anspruch derselben begründet wäre. Nur ausnahmsweise mischt das Gesetz sich ein, ebenso wie es das bei den öffentlichen Anstalten auch thut, und bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen die Erlaubnis zu gewähren oder zu versagen ist. Derjenige, bei welchem die Voraussetzungen der Erlaubnis zutreffen, hat alsdann einen Rechtsanspruch darauf. Es ist eine Frage der Ordnung des Rechtsschutzes, wie dieser gesichert wird[4].

3. Die Wirkung der erteilten Gebrauchserlaubnis besteht nicht in der Begründung einer rechtlichen Herrschaft über die Sache zu Gunsten der Einzelnen, denen sie erteilt ist. Es wird dadurch überhaupt kein Recht begründet, auch kein Recht auf Bestand und Aufrechterhaltung der Erlaubnis; dem Begünstigten gegenüber ist die Erlaubnis grundsätzlich jederzeit frei zurücknehmbar. Dienstanweisungen und Rücksichten der Billigkeit geben ihr thatsächlich eine gewisse Stetigkeit.

Der Schwerpunkt der Wirkung der Gebrauchserlaubnis liegt in

---

[4] Ein Beispiel bietet für die Benutzung der Märkte die Gew.O. § 64, Abs. 1 Wenn jedermann das Recht hat, die Märkte als Verkäufer zu besuchen, mufs auch die Platzanweisung an jedermann erfolgen, selbstverständlich nur, so weit möglich, und unter Erfüllung der Voraussetzungen der Marktordnung. Der Marktbesucher hat insofern ein Recht auf die besondere Gebrauchserlaubnis an der dem Markte dienenden öffentlichen Sache, Strafse oder Verkehrsplatz. Der Markt kann auch auf einem Grundstücke eingerichtet sein, das nicht öffentliche Sache ist, z. B. in einer sonst nicht zum öffentlichen Verkehre dienenden Markthalle. Dann ist der Anspruch auf Marktsitz der nämliche: es ist einfach der Anspruch auf Benutzung einer öffentlichen Anstalt ohne die besondere Wirkung, dafs ein Gebrauch an einer öffentlichen Sache daraus entsteht. Die Gebrauchserlaubnis ist eben nichts anderes als ein Stück des Anstaltsrechts, das in das öffentliche Sachenrecht herein spielt. — In ähnlicher Weise entspringt aus der Mitgliedschaft in Orts- oder Kirchengemeinden nach Gesetz oder Statut der Anspruch auf Gewährung des Begräbnisplatzes für verstorbene Angehörige. R.G. 4. Dez. 1884 (Samml. XII, S. 280): Der Vater des im Duell Getöteten klagt gegen die Kirchengemeinde auf Gestattung der Beerdigung in der Reihe; das Gericht erkennt einen durch gerichtliche Klage geschützten Rechtsanspruch an. Zu diesem Zwecke war es allerdings nicht nötig, diesen Anspruch selbst zu einem privatrechtlichen zu machen; das Gericht gelangt dazu auf dem Wege der so häufigen Verwechslung und Gleichstellung von „privater Berechtigung“ und „privatrechtlicher Berechtigung“. — In sehr umfassender Weise werden derartige Rechtsansprüche bestehen, wo etwa durch Gesetz oder Statut der Satz ausgesprochen ist, dafs die Angehörigen einer Gemeinde oder Körperschaft allgemein gleichmäfsig berechtigt sind zur Benutzung der vorhandenen öffentlichen Anstalten. Die oben erwähnte Entscheidung sieht denselben ausgesprochen in A.L.R. II, 6 § 72 und II, 11 § 193. Das findet aber nur Anwendung auf die Gebrauchserlaubnisse an öffentlichen Sachen, die in regelmäfsigem Betriebe, „anstaltsmäfsig“ erteilt zu werden pflegen; nicht z. B. auf die Aufstellung von Trinkhallen, Zeitungskiosken u. s. w.

der Herstellung der thatsächlichen Möglichkeit des bestimmten Gebrauchs an der öffentlichen Sache. Nebenbei aber verbinden sich auch gewisse rechtliche Wirkungen damit.

Die erteilte Gebrauchserlaubnis hat eine rechtliche Bedeutung, insofern sie eingreift in das Gebiet der Polizei der öffentlichen Sache. So lange sie besteht, ist ein polizeiliches Vorgehen gegen die erlaubte Benutzung ausgeschlossen, auch wenn sie, über den Gemeingebrauch hinausgehend und eine Störung des Gemeingebrauchs vorstellend, an sich solchen Mafsregeln unterläge. Insbesondere ist die Anwendung der rechtssatzmäfsigen Verbote und Strafandrohungen, die an sich zutreffen würden, dadurch ausgeschlossen. Die Wirkung gleicht darin der der Polizeierlaubnis und häufig wird die Gebrauchserlaubnis geradezu als eine solche angesehen. Desto notwendiger ist es, sich klar zu machen, dafs dieses Rechtsinstitut in seinem festen Begriff, wie wir ihn oben Bd. I § 21 entwickelt haben, hier nicht vorliegt.

Die Polizeierlaubnis ist ein Verwaltungsakt, welcher das durch rechtssatzmäfsiges Verbot oder ebensolche Strafsetzung bestimmte Rechtsverhältnis für den Einzelfall anders bestimmt. Ein Verwaltungsakt besteht aber hier nicht; auch der untergeordnete Bedienstete kann durch seine Platzanweisung den Gebrauch wirksam eröffnen; die einfache Thatsache der Einwilligung genügt überall.

Ferner bedarf die Polizeierlaubnis, um zulässig zu sein, eines darauf gerichteten Vorbehalts in dem verbietenden Rechtssatze selbst, der ihr gestattet, ihn für den Einzelfall zu durchbrechen. Solche Vorbehalte bestehen hier in den wenigsten Fällen. Es kommt vielmehr der nämliche Grundsatz zur Geltung, der auch den Gemeingebrauch, selbst wo er verkehrsstörend werden könnte, gegen die Anwendung solcher allgemeiner Verbote und Verpönungen schützt: diese richten sich immer nur gegen die unbefugte Störung. Wie das Recht des Gemeingebrauchs, so deckt ihnen gegenüber auch die Einwilligung des zuständigen Verwalters der öffentlichen Sache. Die Verwendung, die der Herr der Sache von dieser macht zu Gunsten des Einzelnen, dem der Gebrauch eingeräumt wird, nimmt diesem Gebrauch die Unbefugtheit; darauf allein beruht die rechtliche Bedeutung der Gebrauchserlaubnis in dieser Beziehung[5].

4. Dienstanweisungen, welche Regeln aufstellen für die Erteilung der Gebrauchserlaubnis, für Bedingungen, Zweck und Dauer der Ge-

[5] Es kommt hier vor allem die Bestimmung Stf.G.B. § 366, Ziff. 9 in Betracht; oben § 37 Note 14.

stattung, ändern nichts an dem durch die erteilte Erlaubnis begründeten Rechtsverhältnis. Ausnahmsweise aber ist ja die Erteilung durch gesetzliche Bestimmung gebunden; dann wirkt das auch auf die Dauer der erteilten Erlaubnis: die Zurücknahme kann nicht erfolgen zur Vereitelung jener gesetzlichen Gebundenheit der Erteilung. Der Gebrauch mufs also die entsprechende Zeit in derselben oder gleichwertiger Weise belassen werden. Der Erlaubnisträger hat ein Recht darauf. Aber die Natur dieses Rechtes ist wohl zu beachten. Es handelt sich auch dann nicht um ein Recht an der Sache, das begründet wäre. Vielmehr ist es immer nur ein rechtlicher Anspruch gegen den Herrn der Sache, dafs dieser sein Recht über dieselbe in der bestimmten Weise ausübe, um dem Erlaubnisträger den Gebrauch für die entsprechende Zeit und in der gehörigen Weise zu belassen[6].

Die obligatorische Natur des Anspruchs zeigt sich unter anderem darin, dafs der besondere örtlich bestimmte Teil der öffentlichen Sache, durch welchen dem Anspruch genügt wird, frei gewechselt und anders bestimmt werden kann. So kann an Stelle des angewiesenen Marktstandes jeder Zeit ein anderer angewiesen werden; es giebt nur einen Anspruch auf Einräumung eines Marktstandes, nicht ein Recht an dieser bestimmten Stelle des öffentlichen Platzes.

5. Dritten gegenüber bedeutet die Gebrauchserlaubnis im einen wie im anderen Falle für den Inhaber kein selbständiges Recht. Gegen Störungen in der Ausübung des Gebrauchs kann die Polizei der öffentlichen Sache angerufen werden, damit sie in ihm ihr eigenes Recht über die öffentliche Sache schütze: die gute Ordnung der

[6] Die vorzeitige Entziehung oder Einschränkung des Gebrauchs, auf welchen ein solcher Anspruch besteht, wird meist nur eine Haftung der schuldigen Beamten, vielleicht auch eine Entschädigungspflicht ihres Dienstherrn in Frage bringen (oben Bd. I, § 17). Eine direkte Durchsetzung des Rechtes gegen den Herrn der öffentlichen Sache selbst ist nur bei solchen Gebrauchserlaubnissen denkbar, die einen Zustand von gewisser Dauer oder wiederholten Ausübungen begründen. Beispiel in O.L.G. 3. Okt. 1877: Ein aus der Synagogengemeinde Ausgetretener klagt auf Gestattung des Zutrittes zu den Gräbern seiner Verwandten. Das Gericht erkennt an, dafs ihm der Zutritt, so lange der Kirchhof überhaupt reglementsmäfsig geöffnet ist, nicht versagt werden könne (vgl. oben Note 4), verweist aber deshalb auf polizeilichen Schutz, da ein Verwaltungsrechtsweg nicht gegeben ist. Der Schutz wäre wohl richtiger nicht als ein polizeilicher zu bezeichnen; was zu geschehen hat, das ist das Anrufen des Einschreitens der Aufsichtsbehörden der öffentlichen Korporation, damit diese ihre Pflicht erfülle (vgl. unten § 59). — Das Preufs. Obertribunal hat seiner Zeit des öfteren Klagen zugelassen auf Gestattung der Errichtung von Denkmälern oder Einfriedigungen an angewiesenen Grabstätten (Str. 44, S. 25; 51, S. 248). Die civilgerichtliche Klage beweist natürlich nichts gegen die öffentlichrechtliche Natur des Verhältnisses.

öffentlichen Sache ist da jedesmal mit gestört. Aufserdem ist seine Person, sind seine Sachen gegen Angriffe, die er in Ausübung des erlaubten Gebrauchs von Anderen erfahren mag, mit der civilrechtlichen Schadensersatzklage geschützt; schon die Verhinderung des Gebrauchs berechtigt dazu. Ein Recht an der Sache ist dafür nicht vorausgesetzt; es genügt, dafs die Benutzung ein Stück erlaubter Geltendmachung seiner Freiheit ist. Der Klagegrund ist derselbe wie bei Verhinderung des Gemeingebrauchs, nur dafs dort ein angeborenes Stück der Freiheit in Frage ist, hier eine besondere Erweiterung derselben durch die erhaltene Gewährung. Der Gegensatz zur Verleihung kommt aber gerade in dieser Richtung wieder aufs schärfste zum Ausdruck.

III. Zum Ausgleich der besonderen Vorteile können auch bei der Gebrauchserlaubnis Gebührenpflichten entstehen.

Eine Auferlegung dieser Gebührenpflichten durch Rechtssatz, in Gesetz, Verordnung oder Statut, ist denkbar, aber im Gegensatz zum Gemeingebrauch hier nicht das ausschliefslich Mögliche, thatsächlich sogar die seltene Ausnahme. Die Gewährung selbst giebt die Gelegenheit und Möglichkeit zur Begründung der Gebührenpflicht in anderer Form. Das ist nicht die Form des gewöhnlichen Verwaltungsaktes, die wir bei dem folgenden Rechtsinstitut auch hierfür wirksam werden sehen; denn die Gewährung ist kein Verwaltungsakt, der wie dort die Verleihung einer Gebührenpflicht nebenbei begründen könnte.

Die Gewährung wird vielmehr nur dadurch wichtig, dafs sie erteilt werden kann unter gewissen allgemeinen Vorbehalten und Bedingungen, denen dann jeder sich unterwirft, der die Gewährung in Anspruch nimmt und dadurch, dafs er dies thut.

Ein Tarif wird aufgestellt und die Gewährung erfolgt nur nach Mafsgabe dieses Tarifs und unter seinen Bedingungen. Marktgebühren, Standgelder und andere Gebührenzahlungspflichten werden auf diese Weise mit der Inanspruchnahme der Gebrauchserlaubnis an der öffentlichen Sache verbunden. Es ist die Form, wie das Recht der öffentlichen Anstaltsnutzung regelmäfsig seine Gebührenpflichten begründet. Welches die Natur dieser Tarife ist und wie die Gebührenpflicht durch ihre Vermittlung sich begründet, das mufs der ausführlichen Darstellung im Zusammenhange der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung vorbehalten bleiben; vgl. unten § 52[7].

---

[7] Wir werden am bezeichneten Orte uns mit der Ansicht auseinanderzusetzen haben, die alle diese Gebührenpflichten auf civilrechtliche Verträge zurückführen will. Bei manchen öffentlichen Anstalten findet ja in der That die Nutzungs-

§ 39.

Fortsetzung; die Verleihung besonderer Nutzungen.

Die Verleihung, Konzession, ist ein allgemeines Rechtsinstitut des öffentlichen Rechts, welches nach verschiedenen Richtungen zur Anwendung kommt.

Der gemeinsame Grundbegriff für alle Anwendungsfälle ist der eines Verwaltungsaktes von gewissem Inhalt. Dieser Inhalt mufs darin bestehen, dafs dem Unterthanen dadurch rechtliche Macht gegeben werden soll über die öffentliche Verwaltung. Und zwar soll das in der Weise geschehen, dafs er etwas, was zur öffentlichen Verwaltung gehört, ein Stück von ihr bildet, ihm ausgeliefert und in eignen Besitz erhält[1].

Die Verleihung ist ein Verwaltungsakt, durch welchen einem Unterthanen rechtliche Macht gegeben wird über ein ausgeantwortetes Stück öffentlicher Verwaltung.

In diesem Sinne sprechen wir von der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens: Eisenbahnkonzession, Chaussee-

---

gewährung und demgemäfs auch die Entgeltbestimmung in dieser Form statt; da ist eben die Ausscheidung zu machen. Jedenfalls ist der civilrechtliche Vertrag hier, wo es sich um die Gewährung des Gebrauchs an öffentlichen Sachen handelt, von vornherein ausgeschlossen. Über diese kann ja begriffsmäfsig durch civilrechtliches Rechtsgeschäft überhaupt nicht verfügt werden (oben § 36, II n. 2). — In der Verlegenheit, da man die öffentlichrechtliche Gebührenpflicht nicht zu begründen weifs, greift man vielfach noch zu der Annahme von Mietverträgen, was den Vorteil hat, die Gebühr in der wohlbekannten Gestalt des Mietpreises zu erhalten. So namentlich bei den Marktgebühren: O.Tr. 11. Juni 1857 (Str. 25, S. 161), 6. Nov. 1877 (Str. 98, S. 98); 30. April 1878 (Str. 99, S. 328). Da ist dann die Platzanweisung durch den Marktaufseher ein Mietvertrag an dem Stück öffentlicher Strafse! Wenn nun überhaupt keine Gebühr von den Marktgästen gefordert wird, hat der ganze Mietvertrag seinen Zweck verloren. Will man auch für diesen Fall die civilrechtliche Erklärung beibehalten, so mufs man die Gewährung selbst in die Form irgend eines anderen Rechtsverhältnisses als das der Miete hineinzwingen: der Marktgast wird Prekarist oder Kommodatar oder „einem Kommodatar ähnlich“ (Ubbelohde, Forts. zu Glück, S. 163). In Wirklichkeit ist aber die Platzanweisung, die Gebrauchserlaubnis in einem wie im andern Falle ganz die nämliche ihrer rechtlichen Natur nach und hat ganz die nämlichen rechtlichen Wirkungen. Sie bleibt unverändert der gleiche öffentlichrechtliche Akt, die Gebühr mag sich daran hängen oder nicht.

[1] Die Verleihung ist also immer, um mit G. Meyer zu sprechen, ein „rechtsbegründender Verwaltungsakt“. Und zwar ist das Recht, das sie begründet, ein subjektives öffentliches Recht von der Bd. I, § 9, II n. 2, festgestellten Art.

konzession, Brücken- und Fährenkonzession (darüber unten § 50). Auf demselben Gedanken beruht es, wenn von einer Verleihung des Enteignungsrechtes (oben § 33, II n. 2 und Note 15) die Rede ist, oder von Verleihung eines Amtes (unten § 44, II n. 2). Eine Unterart dieses allgemeinen Begriffes ist denn auch die Verleihung eines besonderen Nutzungsrechtes an einer öffentlichen Sache: sie bedeutet die Einräumung einer rechtlichen Macht über die öffentliche Sache, von der ein Stück dem Beliehenen ausgeantwortet wird zum Zweck der besonderen Benutzung.

I. Die verliehenen Nutzungsrechte gehen über das im Gemeingebrauch Enthaltene hinaus; von den Gebrauchserlaubnissen, bei welchen dasselbe der Fall ist, unterscheiden sie sich schon äufserlich dadurch, dafs sie auf die Dauer berechnet sind: der Beliehene tritt in förmlichen Besitz an einem Stücke der öffentlichen Sache, der sich bekundet durch gewisse Vorrichtungen, die für ihn an der Sache bestehen.

In das Anwendungsgebiet der Verleihung fallen demnach von vorneherein nicht alle besonderen Gewährungen, die nur vorübergehend und oberflächlich die öffentliche Sache berühren: das Überschreiten des Eisenbahndammes, das Sitzen auf dem Markte, das Stillhalten der Droschken und Kanalschiffe, ebenso aber auch das Aufstellen beweglicher Gegenstände, das Einschlagen von Pfosten bei Neubauten an der Strafse, Eingraben von Blumen und Sträuchern auf gemeinen Gräbern ist alles nur denkbar als Gegenstand einer Gebrauchserlaubnis, nicht einer Verleihung.

Umgekehrt enthalten andere Vorrichtungen einen so schwer wiegenden Eingriff in die öffentliche Sache und sind mit solchem Aufwand von Mitteln fest mit ihr verbunden, dafs sie wohl nur auf Grund einer Verleihung unternommen werden können: Stauwehre, Mühlkanäle, Bewässerungsanlagen an öffentlichen Flüssen, umfangreiche Röhrenleitungen, fest eingefügte Eisenbahngeleise im Strafsenboden, kostbare Grabdenkmäler werden niemals auf den unsicheren Rechtsgrund einer blofsen Gebrauchserlaubnis gestellt werden.

Dazwischen liegen mancherlei Benutzungsarten, deren äufsere Gestalt über die anzuwendende Rechtsform nichts entscheidet. Namentlich bestimmt der Begriff des im Boden festen Bauwerks, des opus soli, durchaus nicht unbedingt und überall die Grenzlinie. Schiffmühlen, Badeanstalten im öffentlichen Flusse beruhen auf Verleihung, obwohl sie nur verankert sind und im Winter oder bei Eisgang abgefahren werden mögen. Andererseits pflegt der Zeitungskiosk, die Soda-

wasserbude trotz des eingemauerten Fundaments nur eine Gebrauchserlaubnis für sich zu haben. Ein und dieselbe Vorrichtung der äufseren Erscheinung nach kann im einen Falle eine Verleihung bedeuten, im andern eine Gebrauchserlaubnis. Das Entscheidende ist immer in letzter Linie der Rechtstitel, welcher dahinter steht, erkennbar an seiner Entstehungsform und Wirkung[2].

II. Im einzelnen entfaltet sich nun unser Rechtsinstitut wie folgt[3].

1. Indem die Verleihung einen Besitz an der öffentlichen Sache begründet, der dem Beliehenen zu eigenem selbständigen Rechte aus-

---

[2] Vgl. oben § 38, Note 1 den Fall der an den Strafsen anzubringenden Briefkästen, die mit Verleihung oder mit Gebrauchserlaubnis bestehen können. Der Fall zeigt aber auch deutlich, wie grofs der rechtliche Unterschied ist. Nichtsdestoweniger wird er gar oft nicht beachtet; so z. B. nicht von Bekker, Pand. I, S. 243.

[3] Wohl zu beachten ist, dafs was wir hier vortragen, nur gilt von den nach neuerem Rechte begründeten besonderen Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen. Im Gegensatze zu der raschlebigen Gebrauchserlaubnis überdauert aber ein derartiges wirkliches Recht an der öffentlichen Sache auch die grofsen Umwälzungen in den allgemeinen Grundanschauungen des öffentlichen Rechts. So sind uns manigfach Nutzungsrechte gleichen Inhalts und ähnlicher Wirkung wie die jetzt durch Verleihung zu begründenden überliefert worden aus früheren Rechtszuständen. Sie sind zum Teil schon entstanden zu einer Zeit, wo Civilrecht und öffentliches Recht noch nicht geschieden waren. Kauf, Erbrecht, Ersitzung, landesherrliche Privilegien bilden ihre Entstehungsgründe. Vor allem sind es Mühlen und Wasserleitungen an öffentlichen Flüssen, welche auf Grund solcher alten Rechtstitel bestehen. Ein hübsches Beispiel dieser Art boten die Schlächterscharren auf dem Neumarkt zu Berlin, deren rechtliche Lage O.Tr. 8. Febr. 1856 (Str. 19, S. 336) behandelt. Der Satz, den es dabei aufstellt, „dafs der Privatrechtstitel auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes anwendbar ist“, hat in diesem beschränkten Sinne seine Richtigkeit. Die durch den alten Privatrechtstitel erzeugten Rechte werden thatsächlich so zu behandeln sein, als wären sie in den neuen, dem heutigen öffentlichen Rechte entsprechenden Formen entstanden. Abweichungen im Inhalte des Rechtes bleiben bestehen, bis sie nach den Regeln der neuen Ordnung beseitigt sind. Namentlich den Beschränkungen, die diese neue Ordnung mit sich bringt, steht ihre ursprünglich civilrechtliche Natur nicht im Wege; vgl. unten Note 13. Für die Frage der Zuständigkeit mag diese wohl jetzt noch von Bedeutung sein. So erkennt O.Tr. 13. Dez. 1859 (Str. 35, S. 345) wegen der alten Wollschweifen, die das Tuchmachergewerbe zu Spremberg in der Spree besafs, die Civilgerichte für zuständig, wo es sich bei einer neuen Verleihung um eine reine Verwaltungsfrage handeln würde. — Zu polizeistaatlicher Zeit entstandene Nutzungsrechte dieser Art sind in unbedingter Abhängigkeit von der Polizeigewalt gedacht; der Unterschied von einer gewöhnlichen Erlaubnis ist nur der, dafs der Fiskus durch Vertrag oder Privilegium belastet wird mit einer Haftung für den Fall der Beeinträchtigung oder Entziehung.

schliefslich zustehen soll, geht sie auch über die blofse laufende Verwaltung der Sache hinaus. Eine derartige Belastung ist mithin in der Zuständigkeit zur Führung der Polizei der öffentlichen Sache nicht begriffen; wo diese einer besonderen Behörde übertragen ist, mufs die Zustimmung des ordentlichen Vertreters des Herrn der öffentlichen Sache hinzukommen, damit die Verleihung gültig und wirksam sei[4].

[4] Vgl. oben § 38, Note 1. Ubbelohde, Forts. v. Glück S. 111 ff., berichtet folgenden Fall: Der Eigentümer eines Grundstückes beabsichtigt an einer städtischen Strafse zu bauen, derart, dafs sein Haus mit dem ersten und zweiten Stockwerke erheblich in den Luftraum der Strafse vorspringen soll. Das königliche Landratsamt erteilt die polizeiliche Erlaubnis und hält diese für genügend. Die Stadtvertretung widerspricht und bedroht den Baulustigen mit gerichtlicher Klage, die nach Ubbelohde eine negatoria in rem actio gewesen wäre. Das ist nicht richtig. Mit derartigen Klagen ist das öffentliche Eigentum nicht geschützt; vgl. oben § 36 Note 23. Die Sache liegt vielmehr so: Es war auf Erwerb eines Rechtes auf Benutzung des zur Strafse gehörigen Luftraumes abgesehen; anders würde der Angrenzer sich wohl hüten, so zu bauen. Ein solches Recht konnte ihm allerdings durch Verleihung eingeräumt werden; aber diese war, darin hatte die Stadt gewifs recht, nur möglich mit Zustimmung dieser, als der Eigentümerin. Der Landrat als Polizeiverwalter konnte eine Gebrauchserlaubnis geben. Die Verleihung, die er geben wollte, war ungültig. Wenn man sie auch, was noch die Frage wäre, als Gebrauchserlaubnis gelten liefse, so konnte zwar zunächst damit ungestraft gebaut werden, aber sie war jeder Zeit widerruflich ohne Entschädigung; Ersitzung gabs nicht. Die Stadt, wenn sie auch für den Augenblick machtlos war, da die zu ihrem Schutz berufene Behörde die Hülfe versagte, konnte früher oder später einen Landrat oder eine Beschwerdeinstanz finden, die auf ihre Wünsche eingingen. Der Baulustige hat also wohlgethan, dafs er damals trotz der landrätlichen Polizeierlaubnis von seinem Vorhaben abstand. — Ein anderes Beispiel in O.V.G. 30. Jan. 1887: Ein Unternehmer will an der Spree einen Elevator errichten, der über den Flufs hineinragt, also auf „fiskalisches Gebiet"; die stromfiskalische Behörde hat mitzusprechen; denn die Strompolizeibehörde prüft die Sache nur unter dem Gesichtspunkte des strompolizeilichen Interesses, aber die Verleihung, um die es sich hier handelt, begründet zugleich Rechte gegen den Eigentümer. — Desgl. O.V.G. 29. Dez. 1883: Um ein Pferdebahngeleise in den Strafsenkörper zu legen, bedarf es aufser der Erlaubnis der Polizeibehörde auch noch der Zustimmung der Stadt als der Eigentümerin. — O.G.H, 4. Mai 1886 (Samml. VII, S. 218): Eisenbahnschienen in eine Distriktsstrafse zu legen, setzt eine Vereinbarung mit dem Eigentümer voraus.

In diesen Entscheidungen ist die Auffassung meist die (besonders deutlich in O.V.G. 29. Dez. 1883), dafs die Einwilligung des Eigentümers ein civilrechtliches Veräufserungsgeschäft sei, zu welchem die Polizeibehörde ihre öffentlichrechtliche Erlaubnis hinzufüge. Das beruht auf Nachwirkungen der Fiskustheorie. Das öffentliche Eigentum ist nicht veräufserlich in Form des Civilrechtes, noch findet hier eine Teilung statt von civilrechtlichem Eigentum und polizeilicher Verwaltung derselben. Es handelt sich um ein einziges Rechtsgeschäft der Verleihung, das

Die Begründung dieses Nutzungsrechts kann sich nicht knüpfen an die bloſse thatsächliche Freigabe und die formlose Duldung des besonderen Gebrauchs. Es bedarf einer bestimmten auf Herstellung des Rechtsverhältnisses für diese bestimmte Person gerichteten Willenserklärung, eines öffentlichen Rechtsgeschäftes, wie es der Verwaltungsakt ist.

Diese Willenserklärung kann daher nicht ausgehen von den unteren Anstaltsbediensteten, die unfähig sind, Verwaltungsakte zu erlassen; die Verleihung geschieht ausschlieſslich durch einen Ausspruch der leitenden Behörde (oben Bd. I S. 96).

Schriftlichkeit wird dafür die Regel sein; die Gültigkeit der Verleihung ist dadurch nur da bedingt, wo es besonders durch Rechtssatz vorgeschrieben ist. Jedenfalls setzt die Wirksamkeit der Verleihung die gehörige Eröffnung an den Beliehenen voraus, die regelmäſsig wieder durch die Aushändigung einer Konzessionsurkunde geschehen wird. Erst damit treten die Wirkungen ein.

2. Der Behörde steht es grundsätzlich frei, die Verleihung zu gewähren oder zu versagen[5]. Es bedarf besonderer Bestimmungen, damit eine Gebundenheit nach der einen oder anderen Seite hin begründet sei. Solche Gebundenheiten begegnen uns in zwei Hauptformen.

Die eine Art wird vertreten durch die Verleihung von Wassernutzungen an öffentlichen Strömen, und zwar kommen hier solche Nutzungen in Betracht, welche die Wassermasse selbst zu Gunsten des Beliehenen in Anspruch nehmen: Ableitungen, Stauwerke. Das Besondere ist hier, daſs der Beliehene durch die beabsichtigte Anlage hineintreten wird in einen Kreis schon vorhandener Nutzungsrechte, die er beeinträchtigen könnte. Um einem möglichen Widerstreit der Rechte vorzubeugen, ist der Behörde vom Gesetze ein besonderes Verfahren vorgeschrieben, in welchem etwaige Einsprüche geltend gemacht werden können. Die Einhaltung dieses Verfahrens ist Bedingung der Rechtsgültigkeit der Verleihung. Die Entscheidung über erhobene Einsprüche verbindet sich mit dem Ausspruch über das Verleihungsgesuch und giebt diesem eine rechtliche Gebundenheit gegenüber den älteren Nutzungsberechtigten: die Verleihung

hier nur vorgenommen werden kann im Zusammenwirken der beiden Behörden, welchen die Wahrnehmung der Angelegenheiten der öffentlichen Straſsen anvertraut ist.

[5] V.G.H. 14. Dez. 1888 (Sammlung X, S. 295): Die Verleihung des Rechtes zur Anlegung eines Stauwerkes im öffentlichen Flusse ist, „eine diskretionäre Angelegenheit der Staatsregierung.“

mufs versagt werden, sofern sie dessen Rechten widerstreitet, es sei denn, dafs der Behörde eine Befugnis zusteht, bei der Gelegenheit auch diese Rechte innerhalb eines gewissen Spielraums freien Ermessens zu ändern oder zu beschränken (unten III)[6].

Eine entgegengesetzte Art von Gebundenheit findet sich bei solchen Verleihungen, welche an einer dazu bestimmten Sache mit einer gewissen Regelmäfsigkeit und Gleichmäfsigkeit, anstaltsmäfsig, vorgenommen zu werden pflegen. Das ist z. B. der Fall bei Gräberkonzessionen: ein gewisser Teil des gemeindlichen Kirchhofes pflegt dazu bestimmt zu sein; daran kann man Grabstätten zu besonderem Recht verliehen bekommen, auf längere Dauer oder auf ewige Zeit, unter gewissen feststehenden Bedingungen. Ähnlich wird es gehalten bei der Verleihung von Kirchstühlen. Es ist die Meinung, dafs jedem, der die Bedingungen erfüllt, eine solche Verleihung erteilt werden soll, so lange wenigstens der Vorrat reicht.

Der Geschäftsbetrieb der verleihenden Behörde hat da eine gewisse Ähnlichkeit mit der Erteilung mancher Gebrauchserlaubnisse, wie der für Marktstände, Jahrmarktsbuden u. s. w. Die Gleichmäfsigkeit des Verfahrens ist hier wie dort entweder blofs gesichert durch Sitte und Herkommen, oder es sind ausdrückliche Ordnungen dafür aufgestellt, welche je nachdem als Programm der verleihenden Behörde oder als für sie mafsgebende Dienstinstruktionen anzusehen sind. Auch durch Rechtssätze können diese Verleihungen geregelt sein; dann hat der, bei welchem die bestimmten Voraussetzungen zutreffen, einen Rechtsanspruch auf die Verleihung, wie dort auf die Gebrauchserlaubnis (oben § 38, II n. 2)[7].

---

[6] Preufs. Ges. v. 15. Nov. 1811, § 1—9; Ges. v. 28. Febr. 1843; Bayr. Wasserges. v. 28. Mai 1852, art. 73, 77; Bad. Wasserges. 25. Aug. 1876, art 73 ff. Das strenge Verfahren mit den eingeflochtenen Entscheidungen läfst hier die öffentlichrechtliche Natur des Rechtsinstituts so deutlich hervortreten, dafs auch die gröfste Neigung zu civilrechtlichen Erklärungen nicht Stand hält. Der Begriff der Verleihung hat sich deshalb gerade bei diesen Wassernutzungen am frühsten fertig gestellt. F. F. Mayer, V.R. S. 255, behandelt unter dem Titel: „Verleihung ständiger Gebrauchsrechte" nur diese Fälle.

[7] Der gleichmäfsige formlose Geschäftsbetrieb, verbunden mit der Erhebung fester Gebühren erleichtert bei diesen Arten von Verleihungen die Annahme civilrechtlicher zweiseitiger Verträge. Wenn man thatsächlich noch häufig zu diesem Erklärungsmittel greift, so geschieht es ausgesprochenermafsen deshalb, weil man sich die Begründung eines besonderen subjektiven Rechts nicht anders als durch civilrechtliches Rechtsgeschäft zu denken vermag, mit andern Worten: weil man das öffentlichrechtliche Rechtsgeschäft der Verleihung nicht kennt, dabei auch noch ganz in den Anschauungen des Polizeistaates steckt; vgl. Bd. I, S. 45. So be-

3. Die Wirkung der Verleihung besteht in der Begründung eines subjektiven öffentlichen Rechts. Den Inhalt dieses Rechts bildet der Besitz des durch die Verleihung bestimmten Stückes der öffentlichen Sache, um den verleihungsgemäfsen Gebrauch davon zu machen.

Dieses Recht besteht unabhängig davon, ob auf die Verleihungserteilung ein rechtlicher Anspruch gegeben war oder nicht; der Verwaltungsakt, der sich dazwischen geschoben hat, ist im einen wie im anderen Falle die selbständige Grundlage des Rechts.

---

züglich der verliehenen Grabstätten, Gräberkonzessionen, Erbbegräbnisse Meurer, Heilige Sachen II, S. 34 und 39 und S. 37. Er unterscheidet diese zunächst ganz gut vom gewöhnlichen Grab. Bei letzterem, sagt er, haben die Angehörigen des Verstorbenen kein dingliches Recht, „stehen überhaupt in keiner direkten rechtlichen Beziehung zum Grab“ (dafs damit gleichwohl gewisse Gebrauchsbefugnisse verknüpft sind, haben wir oben gesehen, vgl. z. B. § 38, Note 6). Das Erbbegräbnis dagegen oder „gekaufte Grab“ entsteht durch Rechtsgeschäft als civilrechtliche Servitut; Kauf, contractus superficiarius, Mietvertrag sind es, die da zur Anwendung kommen. Warum, möchten wir fragen, mufs das Recht am Erbbegräbnis civilrechtlich sein, während das gewöhnliche Grab nach öffentlichem Rechte zu beurteilen ist? Meurer antwortet: „den öffentlichrechtlichen Charakter eines Erbbegräbnisrechtes könnten wir uns nicht anders als nach Art des Gebrauchsrechtes bezüglich der res publicae in publico usu denken“, also, wie er erläutert, als Gemeingebrauch; das stimmt aber offenbar nicht zu dem Inhalt des Rechtes, wie er sein soll; also können wir uns dieses Recht öffentlichrechtlich überhaupt nicht denken. Sollten wir uns dieses Denken nicht angewöhnen können? — Ganz ähnlich spricht sich bezüglich der Kirchstühle aus R.G. 5. Mai 1882 (Reger III S. 216). Dort wird von der Möglichkeit besonderer Gebrauchsrechte an Kirchstühlen gehandelt; „dieselben sind nicht blofs als Ausflüsse der allgemeinen Benutzung und damit als öffentlichrechtliche Befugnisse denkbar; sie können ebenso wohl auf privatrechtlichem Erwerbstitel beruhen“. Also Gebrauchsrechte, die nicht aus dem Gemeingebrauch fliefsen, sind wiederum als öffentlichrechtliche Befugnisse nicht „denkbar“; darum mufs man sie civilrechtlich auslegen, wenn man sie schützen will. — Im Gegensatze dazu wird die rechtliche Natur des Verleihungsaktes auch bei der Grabstätte klar erkannt vom Bayr. C.C.S. 19. April 1884 (Bl. f. adm. Pr. 1887, S. 193): Die Verleihung der einzelnen Grabstätten erfolgt durch „autoritären Akt der hierzu verpflichteten Gemeinde als öffentliche Korporation“; die Gemeinde handelt dabei als Träger der öffentlichen Gewalt. Der gegen Entrichtung von Gebühren zur Benutzung derartiger öffentlicher Anstalten Zugelassene erwirkt dadurch keine privatrechtlichen Ansprüche. — Schwab im Arch. f. civ. Pr. 30, Beil. S. 117, hebt zutreffend hervor, dafs die Rechte der Privaten an Kirchstühlen und Grabstätten wesentlich gleicher Natur sind, wie die Rechte der Müller auf Wasserstau am öffentlichen Flusse. Er glaubt beides aus dem römischen Rechte erklären zu können. Das römische Verwaltungsrecht bietet ja allerdings für unser heutiges Recht mehr Anknüpfungspunkte als man früher wohl dachte (vgl. Arch. f. öff. R. III S. 6 ff.). Ob sich aber das Rechtsinstitut der Verleihung so deutlich darin nachweisen läfst, wäre doch noch besser zu untersuchen.

Es beseitigt, wie die Gebrauchserlaubnis, die Anwendbarkeit der dieser besonderen Benützung etwa sonst entgegenstehenden allgemeinen Polizeiverbote und Strafrechtssätze; die stillschweigende Voraussetzung der Unbefugtheit fällt hinweg.

Aber im Gegensatz zu jener ist hier nicht lediglich der Freiheit des Erlaubnisträgers Raum gegeben, um sich thatsächlich ausbreiten zu dürfen, sondern eine rechtliche Macht ist begründet über die öffentliche Sache, die ihrerseits nichts anderes ist als eine Erscheinung der öffentlichen Verwaltung (oben § 35, II). Und damit ist der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechtes gegeben, das sich seinerseits bewährt in dem Anspruch auf Handhabung durch die staatlichen Behörden und in der Verfügungsmacht des Berechtigten (Bd. I § 9, III)[8].

Dieses Recht ist im einzelnen geordnet wie folgt.

Die Verleihung hat immer nur zum Gegenstande die öffentliche Sache selbst; sie begreift aber meist auch das Recht, gewisse Veränderungen an ihr vorzunehmen und Vorrichtungen an ihr anzubringen. Die Sachen, welche dabei trennbar mit ihr verbunden werden, sei es auch durch Befestigung im Boden, Eingraben, Einmauern, bleiben Eigentum des Beliehenen und zwar civilrechtliches Eigentum. Ein Accessionsrecht zu Gunsten der öffentlichen Sache findet nicht statt: das ist wieder ein civilrechtliches Rechtsinstitut, für welches diese unzugänglich ist (oben S. 72).

Die verwendeten Gebrauchsmittel unterliegen deshalb der freien Übertragung nach Civilrecht. Das Gleiche ist aber der Fall bezüglich des Gebrauchsrechts an der öffentlichen Sache selbst. Soweit nicht in der Verleihung selbst Einschränkungen enthalten sind, ist die Verleihung gegeben für den Beliehenen *und seine Rechtsnachfolger*.

Solche Einschränkungen können gegeben sein in der Weise, dafs

---

[8] Dafs dieses Recht öffentlichrechtlicher Natur ist: Bl. f. adm. Pr. 1873, S. 75; eod. 1887, S. 193 (C.C.S. 19. April 1884). Über die *dingliche* Natur des Rechtes R.G. 18. Sept. 1882 (Samml. VIII, S. 200): „unstreitig ist Kläger im Besitze der Begräbnisstellen und sind diese, d. h. ein bestimmter durch ein Gitter abgegrenzter Teil des Kirchhofes Gegenstand des verliehenen Rechtes. Damit sind die Kriterien des Rechtes als eines dinglichen erbracht". Besonders deutlich V.G.H. 4. Mai 1886 (Samml. VII, S. 231): Eine Schienenanlage kann auf der öffentlichen Strafse nicht kraft des Rechtes des usus publicus angebracht werden, weil das in diesem nicht enthalten ist; sie setzt vielmehr die Bestellung einer Servitut voraus, und zwar soll das eine „öffentlichrechtliche Servitut" sein (S. 233). Der Name ist an sich gar nicht schlecht, er giebt die Wirkung der Verleihung ganz gut wieder; nur bedürfen wir seiner zur Bezeichnung eines andern, ganz verschiedenen Rechtsinstituts (unten § 40).

die Verleihung beschränkt wird auf die Person des Beliehenen oder auf diesen und seine Familienangehörigen oder seine Erben; das ist Frage der Auslegung des Willens des Verwaltungsaktes. Der Verwaltungsakt kann solche Beschränkungen enthalten ebenso gut wie einfache Zeitbeschränkungen oder Bedingungen. Nur sind sie nicht selbstverständlich.

Die Verleihung kann auch erteilt sein dem Beliehenen mit Rücksicht auf ein bestimmtes Unternehmen, das dadurch gefördert werden soll: eine Wasserableitung für ein Fabrikanwesen, die Legung von Röhren für eine Gasfabrik. Dann wirkt die Verleihung für seine Rechtsnachfolger nur insofern, als sie zugleich die Voraussetzung erfüllen, an die sie gebunden ist, d. h. das Unternehmen fortführen, für welches sie geschah.

Soweit solche besondere Bestimmtheiten nicht gegeben sind, wirkt die Verleihung für die Rechtsnachfolger des Beliehenen schlechthin. Die Rechtsnachfolge bestimmt sich aber zwischen den Beteiligten lediglich nach Civilrecht. Alle Arten des Rechtsübergangs, durch Universalsuccession, wie Singularsuccession, sind auch anwendbar auf das durch die Verleihung begründete Recht. Es handelt sich bei diesen Rechtsübergängen nicht um eine Äufserung der öffentlichen Gewalt; sie geschehen zwischen Gleichen nach dem Rechte, das zwischen ihnen gilt; die Wirkung des Rechtsaktes der öffentlichen Gewalt folgt aber der civilrechtlichen Bestimmung des Neuberechtigten.

4. Eine Störung des verliehenen Gebrauchs kann sich zugleich als eine Störung der guten Ordnung der öffentlichen Sache selbst darstellen und insofern zu einem Einschreiten der Polizei der öffentlichen Sache Anlafs geben, wie wir dies bei der Gebrauchserlaubnis gesehen haben; das kann von Amtswegen geschehen oder auf Anrufen des Verletzten. Dem Beliehenen stehen aber hier noch viel bestimmter ausgeprägte Rechtsschutzmittel zu Gebote.

Die Thatsache, dafs ein subjektives öffentliches Recht hier erscheint, verbindet die vollziehende Gewalt vermöge ihrer eignen rechtlichen Natur, es zu schützen und zu handhaben (Bd. I S. 78, 115). Diese Gebundenheit trifft jedes einzelne Glied der vollziehenden Gewalt, wie es in seiner Zuständigkeit damit in Berührung kommt. Sie besteht gegenüber dem Berechtigten; dieser hat einen Anspruch darauf und es ist eine Rechtsverletzung ihm gegenüber, wenn der Schutz nicht gewährt wird.

Zu diesem Schutz gehört insbesondere auch der obrigkeitliche Ausspruch zur Feststellung des Bestandes und des Umfanges des

Rechts, wo es streitig geworden ist. Nach der Art des Streites werden wir verschiedene Fälle unterscheiden[9].

Besteht der Streit zwischen dem Berechtigten und der Verwaltung selbst, die seine Ansprüche nicht anerkennt, so ist die Entscheidung ordentlicher Weise innerhalb der Behördenordnung der Verwaltung zu suchen: Gegenvorstellung, Beschwerde, Anfechtungsklage in ihren verschiedenen Gestaltungen geben die Form (Bd. I § 12 ff.). Handelt es sich zwischen beliehenen Nutzungsberechtigten um die Grenzen ihrer beiderseitigen Rechte, so sind die Voraussetzungen einer sog. Parteistreitigkeit des öffentlichen Rechtes gegeben (Bd. I S. 182)[10].

Wenn dagegen die Zugehörigkeit eines und desselben Nutzungsrechts von verschiedenen in Anspruch genommen wird, so wird es in erster Linie auf die Beurteilung civilrechtlicher Rechtsübergänge ankommen (oben n. 3) und die bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist gegeben, mögen auch öffentlichrechtliche Zwischenfragen dabei zu entscheiden

[9] Den Anspruch auf Rechtsschutz weifs die übliche Auffassungsweise durchweg nur so zu erklären, dafs sie das durch die Verleihung begründete Recht irgendwie an das Civilrecht anlehnt. Der Ausdruck „Privatrecht, Privateigentum" mit seiner bekannten Zweideutigkeit dient dazu, den Übergang zu verschleiern. In diesem Sinne V.G.H. 1. März 1887 (Samml. VIII S. 217): Das Wasserbenutzungsrecht, „obwohl es einem öffentlichrechtlichen Akte, nämlich der Verleihung durch die Staatsgewalt seine Entstehung verdankt, nimmt die Natur eines Privatrechtes an, indem es gesetzlich den nämlichen Schutz wie ein Privatrecht gewährt". Als ob ein subjektives öffentliches Recht Dritten gegenüber nicht ebensogut geschützt sein könnte, wie ein civilrechtliches! So auch O.Tr. 8. Juli 1869 (Str. 75, S. 250): „Ein solches Wasserrecht geht in das Privateigentum des Berechtigten über und letzterer ist berechtigt, dieses sein Eigentum gegen jedermann durch eine dingliche Klage zu schützen, sei es der Verleiher, der in das Privateigentum eingreift, sei es ein Dritter". Hier soll das „Privateigentum", das ja ohnehin nicht im strengen Sinn von Eigentum gemeint sein kann, denn die fraglichen Rechte sind inhaltlich ganz anderer Art, nur dazu dienen, die civilgerichtliche Zuständigkeit zu begründen. Dazu ist aber ein civilrechtlicher Anspruch gar nicht unerläfslich (Bd. I S. 213 ff.). Die Gleichstellung des Verhältnisses zu dem Verleiher, zu dem Herrn der öffentlichen Sache, an der das Recht besteht, und des Verhältnisses zu jedem Dritten ist jedenfalls ganz unrichtig.

[10] Bei Wassernutzungsrechten an öffentlichen Flüssen erledigen sich derartige Streitigkeiten meist als Incidentpunkte im Verfahren wegen der neuen Verleihung; vgl. oben Note 6. — Für die Frage der Zuständigkeit bei Streitigkeiten zwischen Besitzern von Kirchstühlen stellt O.V.G. 10. Dez. 1884 (Reger V, S. 388) auf: Die Gottesdienste der öffentlichen Religionsgesellschaften sind Teile der öffentlichen Ordnung; die Kirchstuhlordnung ist ein Teil der äufseren Ordnung des Gottesdienstes, also untersteht sie polizeilichem Schutz und die allgemeine Ordnungspolizeibehörde ist im Streitfalle zur Herstellung und Aufrechterhaltung der Ordnung zwischen streitenden Besitzern berufen.

sein (Bd. I § 16, III). Das Gleiche wird gelten, wenn ein Dritter, der nicht selbst ein verliehenes Nutzungsrecht behauptet, auf Unterlassung von Störungen und Schadensersatz verklagt wird; diese Klage gründet sich auf die Rechtswidrigkeit der Störung; der Bestand des Rechts ist wieder nur Vorfrage; es kann auch der blofse Besitz dafür genügen. Jedenfalls ist die Natur der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit dadurch nicht aufgehoben.

Durch die besondere Ordnung des Rechtsschutzes können auch Sachen der ersten Art den Civilgerichten zur Entscheidung überwiesen sein. Von selbst sind sie auch durch den umfassenderen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit, wie er bei uns gilt (Bd. I § 16, II), nicht erfafst. Denn auch das ältere Recht, das für diesen mafsgebend ist, hatte in ihnen „polizeiliche" Sachen, nicht privatrechtliche, gesehen.

5. Die Eigenart des durch die Verleihung begründeten Rechts zeigt sich vor allem auch an der Art, wie es zum Erlöschen gebracht wird.

Endigungsgründe können auf dem besonderen Inhalt des Verleihungsaktes beruhen; auf einer Befristung oder auf besonderen Lasten, die er dem Beliehenen auferlegt und deren Nichtbeachtung zur Verwirkung führt (unten III); auch die Rechtsungültigkeit oder Erschleichung der Verleihung ist hierher zu rechnen, indem sie die Zurücknahme ermöglicht und veranlafst durch die verleihende Behörde selbst oder durch eine zur Nachprüfung berufene. Es kommen hier die oben Bd. I S. 305, 306 entwickelten Grundsätze entsprechend zur Anwendung. Das begründete Recht ist kein Hindernis.

Von allgemeiner Bedeutung sind die Endigungen, die ohne besonders vorbehalten zu sein und mit freiem Entschlusse durch eine Willensäufserung von der einen oder andern Seite herbeigeführt werden können.

Von seiten des Berechtigten wird das Recht in dieser Weise zum Untergang gebracht durch die Erklärung des Verzichtes. Der Verzicht zerstört das Recht unmittelbar. Es bedarf keiner Zurücknahme der Verleihung durch die Behörde auf Grund des Verzichtes; dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem Verzicht auf die Polizeierlaubnis (oben Bd. I § 21 Note 23). In dieser Wirksamkeit des Verzichts erweist sich die Rechtsnatur der Verleihung. Die Verzichtbarkeit ist ein Ausflufs der Verfügungsmacht des Berechtigten über sein Recht.

Durch eine Mafsregel der Verwaltungsbehörde kann das verliehene Recht aufgehoben oder beschränkt werden in Folge anderweiter Bestimmung, die der öffentlichen Sache gegeben wird.

Die Möglichkeit einer solchen Rechtsentziehung steht nicht im Widerspruch mit dem Wesen des subjektiven Rechts. Auch das festeste aller Rechte, das Grundeigentum, mufs dem öffentlichen Interesse weichen. Die Mafsregeln, die hier in Frage kommen, haben eine gewisse innerliche Verwandtschaft mit der Enteignung. Wie diese sind sie verknüpft mit einer ausgleichenden Entschädigung, welche dem Betroffenen regelmäfsig für das auferlegte Opfer gebührt. Aber die Formen der Enteignung sind hier nicht anwendbar und auch nicht notwendig. Der Umstand, dafs das Recht an der öffentlichen Sache hängt, macht es von vornherein in seinem Bestande abhängig von den für diese in oberster Linie mafsgebenden öffentlichen Interessen.

Die rechtentziehenden Mafsregeln sind zweierlei Art: Widerruf und Auflassung.

Die öffentliche Sache hat immer ihren Hauptzweck, dem sie dient; das besondere Nutzungsrecht war von vornherein nur zulässig, soweit es mit diesem sich vereinigen liefs. Ergeben sich hinterdrein Widersprüche, so mufs das verliehene Recht weichen.

Deshalb ist der Bestand eines solchen Rechtes kein Hindernis für Arbeiten, welche im öffentlichen Interesse an der Sache vorgenommen werden, um sie ihrem Hauptzwecke zu erhalten. Selbst Vorrichtungen, welche in dauernder Weise die Ausübung des Nutzungsrechts beschränken oder unmöglich machen, mufs der Berechtigte unter dieser Voraussetzung sich gefallen lassen. Sein Recht selbst bleibt dadurch unberührt und dehnt sich von selbst wieder aus, sobald die thatsächliche Möglichkeit der Ausübung etwa doch wieder gegeben ist. Ordentlicher Weise wird man im Falle einer dauernden Beschränkung oder Verhinderung der Ausübung das Recht selbst beseitigen durch ausdrücklichen Widerruf, und das gleiche wird geschehen, wo umgekehrt der Fortbestand der Ausübung des Rechtes für die wichtigeren Verwendungen der öffentlichen Sache störend wird. Der Widerruf ist ein Verwaltungsakt, das Gegenstück der Verleihung; sein Rechtsgrund liegt in der stillschweigenden Bedingung der Vereinbarkeit mit dem Hauptzweck der öffentlichen Sache, die in jeder Verleihung enthalten ist. Die Hauptanwendungsfälle bieten die öffentlichen Flüsse und die Strafsen. Hier sind alle Nutzungsrechte dem Interesse des Verkehrs untergeordnet[11]. Andere Beispiele liefert häufig die Neuordnung der Kirchenstühle, wobei möglicherweise verliehene Rechte

[11] Hierüber die trefflichen Ausführungen bei Schwab im Arch. f. civ. Pr. 30. Beil., S. 155 ff.

ausweichen müssen[12]. Ältere Nutzungsrechte, welche noch auf civilrechtlichem Titel beruhen, aber ihrem Inhalt nach den heut zu Tage durch Verleihung zu begründenden gleichstehen, werden in Bezug auf die Widerruflichkeit wie verliehene behandelt[13].

Für den Widerruf, wie für die thatsächlichen Beeinträchtigungen ist grundsätzlich Entschädigung geschuldet, die natürlich im einen und andern Falle verschieden bemessen wird. Grundlage des Anspruchs giebt wieder das bekannte allgemeine Rechtsinstitut (unten § 53). Sie kann ausgeschlossen sein, wenn von vornherein die Verleihung nur in Voraussicht solcher Möglichkeiten und mit dem entsprechenden Vorbehalt erteilt wurde. Das ist der Sinn des Vorbehalts des freien Widerrufs, der kraft Gesetzes oder vermöge einer besonderen Klausel der Verleihung beigefügt wurde. Dafs das öffentliche Interesse der Verwaltung der Sache den Widerruf erheische, ist deshalb trotz dieser Klausel Voraussetzung seiner Rechtsgültigkeit[14].

---

[12] R.G. 5. Mai 1882 (Samml. VII, S. 136) nennt das „kirchenpolizeiliche Befugnisse", ein nicht unbedenklicher Ausdruck. — Die Widerruflichkeit der Verleihung hat man auch so erklären wollen, dafs man sagt: es bestehe überhaupt kein dingliches Recht auf den bestimmten Platz, sondern nur ein Anspruch gegen den Herrn der öffentlichen Sache auf Einräumung eines Platzes. O.Tr. 25. Mai 1877 (Str. 99, S. 173); R.G. 9. Nov. 1889 (Samml. 24, S. 174); Mejer, Kirch.R. S. 416, Note 11. Allein diese Auffassung entspricht nur den gesetzlich zugesicherten Gebrauchserlaubnissen, wie die Marktsitze u. dergl. (oben § 38, I, n. 4), nicht der Verleihung. Bei dieser ist die Anweisung eines anderen Kirchstuhles u. s. w. nur gestattet, sofern eine bestimmte Notwendigkeit des öffentlichen Interesses vorliegt; liegt das aber vor, so ist auch die gänzliche Unterdrückung dieses Rechtes gestattet. Das Recht selbst ist zweifellos dinglicher Natur (oben Note 8); eine obligatorische Verpflichtung des Verleihenden zu Ersatzverleihungen wird neben diesem dinglichen Recht durch die Verleihung nicht begründet.

[13] So in dem oben erwähnten Fall der Berliner Schlächterscharren (O.Tr. 8. Febr. 1856, Str. 19 S. 336), welche nachträglich durch die Strafsenbehörde beschränkt werden. Ebenso hat nach C.C.H. 9. Juni 1866 (J.M.Bl. S. 222) die Stadt Stettin, welcher ein altes Nutzungsrecht an einem Teil der Oder zuerkannt worden war, sich „strompolizeiliche" Einschränkungen dieses Rechtes gefallen lassen müssen zur Herstellung der Freiheit des Fahrwassers.

[14] Manche Gesetzgebungen lassen besondere Nutzungsrechte an öffentlichen Flüssen überhaupt nur mit dieser Klausel verleihen, die also immer stillschweigend vorhanden ist. So nach französischem, badischem, württembergischem Recht. Nach bayrischem und preufsischem Rechte dagegen würde die Unwiderruflichkeit die Regel sein. Das bedeutet aber nicht, dafs das verliehene Recht den neuen Verfügungen, welche im öffentlichen Interesse des Stromes getroffen werden, nicht weichen mufste; es bedeutet nur einen Entschädigungsanspruch für diesen Fall. Poezl, Bayr. Wassergesetze S. 71. Die Klausel des freien Widerrufs, welche

Aber auch der Bestand der öffentlichen Sache selbst ist abhängig von Erwägungen des öffentlichen Interesses. Es können Änderungen vor sich gehen, die zur Auflassung führen (oben § 36, III). Damit erlischt auch das daran begründete besondere Nutzungsrecht. Es verliert seinen Gegenstand. Denn an einer Sache des civilrechtlichen Verkehrs ist ein öffentlichrechtliches Nutzungsrecht nicht möglich. Eine civilrechtliche Servitut wäre möglich; das ist aber ein anderes Recht, welches bei der Verleihung nicht gewollt war. Es ist nicht abzusehen, wie in Folge der Auflassung sich eine Umwandlung in dieses von selbst vollziehen sollte. Es könnte höchstens die Neubegründung eines civilrechtlichen dinglichen Rechts bei dieser Gelegenheit vorgenommen werden. Dazu bedürfte es aber besonderer Willenserklärungen. Ein Beweggrund dafür wäre allerdings insofern gegeben, als auch hier ein besonderes Opfer auferlegt wird für eine Mafsregel des öffentlichen Interesses, wofür allgemeinen Grundsätzen gemäfs Entschädigung geschuldet ist; die Bestellung einer civilrechtlichen Servitut kann unter Umständen geeignet sein, diese Entschädigung zu leisten. Aber deshalb wird sie nicht schon selbstverständlich.

Beispiele geben die Verlegungen von Strafsen und von Kirchhöfen, wobei die vorhandenen Verleihungen ohne weiteres untergehen[15].

---

diesen Entschädigungsanspruch beseitigen würde, kann auch einen Mittelweg einschlagen und im voraus eine Abfindungssumme festsetzen, welche für den Fall des Widerrufs zu zahlen ist; Poezl a. a. O. S. 72 Anm.

[15] Der Auflassung steht es in dieser Richtung gleich, wenn die öffentliche Sache die allgemeine rechtliche Natur einer solchen beibehält, aber eine öffentliche Sache anderer Art wird, für welche die Verleihung nicht gilt. O.Tr. 4. Jan. 1867 (Str. 67 S. 13): Beim Erweiterungsbau einer Kirche wird ein Erbbegräbnis einbezogen. Die Klage auf Anerkennung des Rechtes und Wiederherstellung wird abgewiesen, aber Entschädigung zugesprochen. Nicht hierher gehört der Fall in R.G. 19. Nov. 1889 (Sammlung 24 S. 174): Die Kirche war verbrannt und wieder aufgebaut worden. Der Kirchstuhlberechtigte klagt auf Wiedereinräumung der ihm zustehenden Sitze. Er erhält nur eine Entschädigung zugesprochen, weil die kirchliche Behörde durch die „vom Gerichte nicht zu kontrollierende Kirchenpolizei über die Sitze selbständig verfügt hatte“. Das Gericht geht davon aus, dafs das Recht des Kirchstuhlbesitzers durch den Brand nicht untergegangen sei, weil es obligatorischer Natur wäre, ein Anspruch gegen die Kirchengemeinde auf Gewährung des Sitzes. Das ist die oben Note 12 erwähnte unrichtige Auffassung der Wirkungen der Verleihung. In Wirklichkeit hat die Verleihung nur ein dingliches Recht begründet. Dieses Recht ist durch den Brand nicht untergegangen; die Kirche selbst, die alsbald wieder hergestellt wird, hat nie aufgehört, eine öffentliche Sache zu sein; die Annahme einer stillschweigenden Auflassung ist ausgeschlossen (vgl. oben § 36, Note 27). Der Kirchstuhlberechtigte kann nur, so

III. Dem Rechte des Beliehenen entsprechen besondere Verpflichtungen.

1. Solche Verpflichtungen führt der Besitz eines Stückes der öffentlichen Sache und von damit verbundenen Vorrichtungen von selbst mit sich. Die Polizei der öffentlichen Sachen erhält dadurch Gewalt über ihn, um in Anwendung ihrer allgemeinen Zuständigkeiten mit Befehl und Zwangsmitteln alle Störungen zu bekämpfen, welche von da aus dem Bestand und der Benützbarkeit der Sache bereitet werden könnten. Die Grenze ihrer Macht ist dadurch bezeichnet, daſs sie das Recht selbst und seine Ausübung nicht als störend beseitigen kann; nur die Störung durch die besondere Art der Ausübung fällt unter ihre Bestimmungen[16]. Für solche Maſsregeln ist denn auch keine Entschädigung geschuldet. Soll der Bestand des Rechtes selber angetastet werden, so kann das nur durch den Widerruf geschehen mit seinen Voraussetzungen und Folgen.

2. Der Verleihungsakt kann dem Beliehenen gewisse Lasten ausdrücklich auferlegen in Bezug auf Art der herzustellenden Vorrichtungen und des Betriebes. Die Erfüllung wird im Verwaltungswege erzwungen. Diese Lasten sind zugleich Bedingungen der Verleihung. Die Nichterfüllung löst das Recht nicht von selbst auf, aber sie giebt der Behörde die Befugnis, es für verwirkt zu erklären und demgemäſs die Zurücknahme der Verleihung auszusprechen. Die

lange die Wiederherstellung nicht erfolgt ist, sein Recht nicht ausüben; er hat aber auch keinen Anspruch auf Wiederherstellung der Kirche und somit Wiederleistung des angeblich obligatorisch geschuldeten. Wird die Kirche gerade so wieder hergestellt wie sie war, so findet er einfach seinen Kirchstuhl wieder; es steht alles im alten Recht. So wird es aber wohl nie zugehen. Mit dem Neubau verbindet sich auch eine Neuordnung der Kirchstühle. Dabei kann den Altberechtigten ein Ersatz geboten werden: da geht dann das alte Recht unter durch diese Änderung unter gleichzeitiger Begründung eines neuen; Entschädigung ist nicht geschuldet, weil kein Schade da ist; die Änderung selbst muſs sich im öffentlichen Interesse der Berechtigte gefallen lassen. Wird kein Ersatz geboten, so geht das Recht einfach unter, geht jetzt unter durch die neue Kirchstuhlordnung, und die Entschädigungspflicht entsteht wegen Widerrufs (oben Note 12).

[16] Solche polizeiliche Beschränkungen der Freiheit und des Eigentums des Beliehenen können insbesondere auch noch wirksam werden nach Endigung seines Rechtes. Der bisherige Stauberechtigte z. B. darf natürlich seine Stauvorrichtungen nicht einfach wegnehmen, ohne Rücksicht auf die Schädlichkeiten, die sich daraus ergeben würden. Auf diese polizeilichen Hindernisse ist alles zurückzuführen, was man als eine Art Accessionsrecht zu Gunsten der öffentlichen Sache bezeichnen möchte. Schwab in Arch. f. civ. Pr. 30 Beil. S. 109 ff.; Meurer, Heilige Sachen II S. 36 ff.

Erfüllung der besonders vorgesehenen Lasten ist also die Bedingung der Gebundenheit der Behörde an die geschehene Verleihung[17].

3. Als eine Wirkung des Verleihungsaktes erscheint hier auch die Gebührenpflicht. Zum Unterschied von Gemeingebrauch und Gebrauchserlaubnis erhält also die Verleihung diese ausgleichende Zahlungspflicht im Einzelfall bestimmt durch eine für diesen Fall gemachte Auflage. Sie allein bietet den Einzelakt, der geeignet ist, solche Rechtspflichten zu erzeugen. Ihr entspricht es auch sachlich am besten, dafs die Leistungspflicht auf solche Weise dem Einzelfall angepafst werde; denn Art und Umfang des verliehenen Rechts, wofür sie der Entgelt sein soll, bestimmen sich ja ebenso in jedem Falle besonders durch den Inhalt der Verleihung[18].

Wo an öffentlichen Sachen in einer gewissen Regelmäfsigkeit des Betriebes Verleihungen gemacht werden, können auch feste Gebührentarife dafür bestehen. Diese Tarife wirken aber nicht, wie bei der Gebrauchserlaubnis und im Anstaltsrecht überhaupt (oben § 38, III), von selbst mit der Inanspruchnahme der Nutzung. Sie setzen den Verleihungsakt voraus und bilden dann von diesem einen ausdrück-

[17] Die mit der Verleihung verknüpften besonderen Auflagen sind ihrer rechtlichen Natur nach verwandt mit den Auflagen, welche einer Polizeierlaubnis beigefügt werden. Darüber Bd. I § 21, II n. 3. Ihre Wirkung entspricht ganz dem dort Ausgeführten. Dabei ist nicht zu übersehen, dafs die Behörde hier für den Inhalt der zu machenden Auflage einen ganz anderen Spielraum hat. Während die Auflage bei der Polizeierlaubnis nur den Zweck haben darf, Schädlichkeiten zu verhüten, welche von dem erlaubten Unternehmen ausgehen können, und ungültig ist, wenn sie diese Grenze überschreitet, können den Beliehenen beliebig Auflagen gemacht werden auch zur Förderung und Verbesserung des guten Standes und Betriebes der öffentlichen Sache. Wo natürlich ein Anspruch auf die Verleihung besteht, werden diese Bedingungen gleichmäfsig geordnet sein müssen, und thatsächlich werden sie es auch ohne dies sein. Auch die Unterscheidung, die wir dort machten zwischen Auflagen auf Grund gesetzlicher Ermächtigungen, die zugleich polizeiliche Pflichten erzeugen, und solchen, welche die Behörde nur auf Grund ihres freien Ermessens, zu versagen oder zu gewähren, beifügt, gilt hier nicht: alle Auflagen, denen der Beliehene durch die Annahme der Verleihung sich unterwirft, sind zugleich Pflichten für ihn, ohne dafs eine gesetzliche Grundlage dafür nötig wäre. Sie können immer geraden Wegs erzwungen werden; der Verwirkungsausspruch steht nur für den äufsersten Fall dahinter. Der Unterschied beruht darauf, dafs es sich hier nicht um eine Ausübung der Polizeigewalt handelt mit ihren natürlichen Grenzen, die auch durch Unterwerfung nicht erweitert werden können (Bd. I § 21 Note 19), sondern um eine freie Leistung mit freier Bestimmung der Gegenleistung.

[18] Diese Bestimmung der Gebühr für den Einzelfall bringt Schwab in Arch. f. civ. Pr. 30 Beil. S. 103 zum Ausdruck, wenn er spricht von der „Konzession gegen Entrichtung einer stipulierten Abgabe (Mühlenzins)“.

lichen oder stillschweigenden Inhalt, ähnlich wie die Gehaltsregulative für den Anstellungsakt und durch diesen wirksam werden (unten § 46, I n. 1). —

Die besonderen Lasten, wie die Gebührenpflicht, welche die Verleihung auferlegt, sind Einschränkungen der Freiheit; sie werden hier gleichwohl auferlegt ohne gesetzliche Grundlage: die freiwillige Unterwerfung des Betroffenen vertritt wieder die Ermächtigung des Gesetzes, die sonst erforderlich wäre.

Verträge werden die Verleihungsakte dadurch nicht, so wenig, wie wenn sie ohne Auflage irgend welcher Art einseitig nur das gestellte Gesuch bewilligen (vgl. Bd. I § 12 Note 3; § 8 Note 8).

Der Verleihungsakt wirkt zu Gunsten der Rechtsnachfolger des Beliehenen (oben II n. 3); ebenso werden dann die damit verbundenen Lasten und wiederkehrenden Zahlungsverpflichtungen für diese bindend. Sie unterwerfen sich diesen Wirkungen des Verwaltungsaktes durch den freiwilligen Eintritt in das besondere Verhältnis, für welches er gegeben ist, und werden davon auch zu ihrem Nachteile erfafst. Das ist wieder keine vereinzelte Erscheinung des Rechtes der Verleihung, sondern findet seine Seitenstücke in anderen Verhältnissen (vgl. Bd. I § 8, III n. 3; § 21 Note 20).

§ 40.

Öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeiten.

Im Gegensatz zu der zuletzt besprochenen Reihe von Rechtsinstituten (§ 38 und 39), bei welchen es sich darum handelte, dafs den Unterthanen in öffentlichrechtlicher Form eine gewisse Macht über Sachen des Staates, der Gemeinde zusteht, finden wir jetzt wieder die öffentliche Gewalt, die ihrerseits das Eigentum der Einzelnen ergreift.

Die Rechtsinstitute, in welchen dies geschieht, unterscheiden sich von Enteignung und öffentlichem Eigentum dadurch, dafs sie das Eigentum des Einzelnen an der ergriffenen Sache bestehen lassen und es nur teilweise und in bestimmter Beziehung zurückdrängen.

Dabei ergeben sich nach der Art, wie dieses Zurückdrängen gestaltet wird, zwei verschiedene Grundformen.

Es kann das Privateigentum an bestimmten Grundstücken eine besondere rechtliche Verminderung erfahren, so dafs an diesem eine teilweise rechtliche Herrschaft des Staates begründet ist und zwar

eine Herrschaft öffentlichrechtlicher Natur. In dieser Gestalt erscheint das Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit (§ 40).

Es kann das Grundstück thatsächliche Eingriffe und Störungen aus der Verwaltungsthätigkeit heraus erleiden, denen gegenüber es rechtlich wehrlos ist, ohne besonderen Rechtsvorgang, welcher diese Wehrlosigkeit für es bestimmte, auf den einzigen Umstand hin, dafs es die öffentliche Verwaltung ist, von welcher jene Einwirkungen ausgehen. Wir erkennen in dieser Wehrlosigkeit das Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung (§ 41).

Insoweit man überhaupt auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts von subjektiven Rechten des Staates sprechen kann, ist ein solches Recht im ersteren Falle deutlicher ausgeprägt als im zweiten. Rechtmäfsig ist die Einwirkung auch im zweiten Falle, aber die Grundlage bildet, statt eines besonders begründeten Rechts, die allgemeine hoheitliche Natur des Staates und seiner öffentlichen Verwaltung und ihre rechtliche Unwiderstehlichkeit gegenüber dem Einzeldasein[1].

Die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit bekommt ihre juristische Eigenart durch die Verwandtschaft mit dem Rechtsinstitute des Civilrechts, von welchem sie den Namen hat. Es sind durch diesen Namen die Merkmale angedeutet, durch welche sie sich von allen anderen öffentlichrechtlichen Belastungen, die etwa sonst an den Besitz eines Grundstückes sich knüpfen, unterscheidet.

Die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit äufsert sich, wie die civilrechtliche, in Form einer beschränkten rechtlichen Macht, welche unmittelbar auf die Sache wirkt. Sie ist wesentlich dinglicher Natur. Wenn sich dabei persönliche Pflichten und Freiheitsbeschränkungen des jeweiligen Eigentümers ergeben, so sind sie immer erst die Folge jenes Grundverhältnisses. Auch für Polizeibefehle, Steuerauflagen und sonstige persönliche Belastungen kann der Besitz des Grundstückes in Betracht kommen, als Beweggrund und als Merkmal, nach welchem ein Rechtssatz, möglicherweise auch ein Verwaltungsakt den Verpflichteten bezeichnet. Immer ist hier die persönliche Verpflichtung das Ziel und die Hauptsache. Die öffentliche Grunddienstbarkeit aber erfafst das Grundstück und erst durch das Grundstück den Besitzer, diesen deshalb auch nur soweit, als er durch die fremde Macht über sein Grundstück berührt werden kann. Darauf

[1] Vgl. über die subjektiven öffentlichen Rechte des Staates oben Bd. I § 9, S. 110, 111. Recht oder nicht, bedeutet hier immer nur einen Unterschied der Form der Einwirkung.

beruht die Servitutsnatur unseres Rechtsinstituts. Es genügt das wenigstens, um den Namen zu rechtfertigen. Im übrigen ist diese öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit etwas ganz anderes als die civilrechtliche. Das zeigt sich sofort, wenn wir nunmehr auch die Frage stellen, zu wessen Gunsten diese Belastung des Grundstückes erfolgt. Auf diese Frage hat das Civilrecht zwei Antworten: entweder besteht die Last zu Gunsten eines bestimmten Grundstücks (Prädialservitut) oder zu Gunsten einer bestimmten Person (Personalservitut). Keine trifft bei unserer öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit zu.

Ein praedium dominans wird oft sehr schwer abzugrenzen sein und jedenfalls ist die Dienstbarkeit niemals schlechthin mit dem Grundstück als solchem verbunden, sondern immer nur so lange und insofern, als es einem bestimmten öffentlichen Unternehmen dient: als Festungswerk, Landstrafse, schiffbarer Flufs u. s. w.

Noch weniger pafst das Vorbild der Personalservitut, auf welches man sich mit Vorliebe beruft. Die servitutberechtigte Person soll der Staat sein. Aber der Staat ist nicht schlechthin berechtigt, wie ein civilrechtlicher Personalservitutsherr für jede Verwendung, welche er in den Grenzen seines Rechts der Servitut geben möchte, sondern immer nur für ein bestimmtes öffentliches Unternehmen und soweit dieses der Dienstbarkeit bedarf. Er ist auch nicht ausschliefslich der Berechtigte, sondern an seiner Stelle erscheint ebensowohl jedes andere Rechtssubjekt, das fähig ist, ein solches öffentliches Unternehmen zu führen und in gehöriger Weise damit betraut ist. Selbstverwaltungskörper und beliehene Unternehmer sind servitutberechtigt für die ihrem Stück öffentlicher Verwaltung entsprechenden Grunddienstbarkeiten.

Der Mittelpunkt der Berechtigung ist allenthalben ein bestimmtes öffentliches Unternehmen, und berechtigt ist der Herr dieses Unternehmens. Die öffentliche Grunddienstbarkeit ist eine teilweise rechtliche Herrschaft über ein Grundstück zum Nutzen eines öffentlichen Unternehmens.

Nach diesem Unternehmen bestimmt sich demnach auch der Inhalt der Last, die dem dienenden Grundstück auferlegt ist. Der Besitzer hat einem derartigen Unternehmen gegenüber ohnehin schon gewisse Pflichten: es nicht zu stören durch Überschreitung des freien Spielraums, welcher dem Einzeldasein in der bürgerlichen Gesellschaft angewiesen ist, wird schon kraft der allgemeinen polizeilichen Pflicht von ihm gefordert (vgl. Bd. I § 19, I n. 3). Die öffentliche Grunddienstbarkeit belastet sein Grundstück darüber hinaus, so dafs es nicht benützt werden kann zu Dingen, die sonst in der polizeilichen Freiheit

liegen, und Dienste leisten mufs, die die Polizei nicht verlangen kann. Die Last hat keine Grenze an der Forderung des blofsen Nichtstörens, sondern hat sie nur an dem Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens, dem sie dient[2].

Wenn wir aber nun die einzelnen Fälle von öffentlichrechtlicher Grunddienstbarkeit betrachten, die diesem Begriffe entsprechen, so ergeben sich sofort zwei deutlich unterschiedene Arten.

Die beschränkte rechtliche Herrschaft über die Sache für das öffentliche Unternehmen kann nämlich ganz in derselben Weise gestaltet sein, wie beim öffentlichen Eigentum die umfassende rechtliche Beherrschung: ein dingliches Recht, welches dem Subjekte der Verwaltung an der Sache zusteht, dient dazu, die Sache unmittelbar für den öffentlichen Zweck zu verwenden; die Sache wird dadurch zu einer öffentlichen, das Recht selbst aber unterliegt der Beurteilung

[2] Der Unterschied zwischen Polizeiverbot und öffentlicher Grunddienstbarkeit wird insofern von Erheblichkeit, als eine Mafsregel in den bekannten allgemeinen Ermächtigungen begriffen ist, wenn sie als Polizeiverbot angesehen werden kann, nicht dagegen, wenn sie die Auferlegung einer Grunddienstbarkeit vorstellt. Darüber Bl. f. adm. Pr. 1876 S. 10 u. 11; O.L.G. München 19. Okt. 1886 (Reger VII S. 266). Es handelte sich im letzterwähnten Erkenntnis um polizeiliche Verordnungen, welche befahlen, hart an der öffentlichen Strafse nicht zu pflügen, den Wald längs derselben auszubauen, Kiesgruben nicht unmittelbar daran auszugraben. Als Belastung mit einer Grunddienstbarkeit wären alle diese Anordnungen nach Verf.U. IV § 8 und nach Expropr.Ges. v. 17. Nov. 1837 nicht zulässig. Es wird aber angenommen, dafs es sich nicht um eine Servitut, sondern um eine polizeiliche Mafsregel handle, die als solche dann gültig ist. Dabei legt das Gericht allerdings zu viel Wert darauf, dafs nur eine Unterlassung gefordert ist, nur gewisse Schranken gesetzt sind für die freie Benützung. Das könnte ganz gut auch bei einer wirklichen Servitut zutreffen; Beispiel: die Rayonservituten. Entscheidend ist, dafs hier immer nur die Abwehr eines möglichen Eingriffes in den guten Stand der Strafse bezweckt ist (durch Anpflügen, Beschatten, Angraben); das giebt der Mafsregel die polizeiliche Natur und den Gegensatz zur Dienstbarkeitsauferlegung. Richtig heifst es in diesem Sinne in Bl. f. adm. Pr. a. a. O. S. 17 von solchen Anordnungen: es werde dadurch nur die „Polizeigewalt über das Strafsenwesen“ gewahrt.

Noch in anderer Beziehung kann die Unterscheidung bedeutsam werden. Verbote, welche nur darauf gerichtet sind, polizeiwidrige Störungen abzuwehren und zu verhindern, die von dem Grundstücke ausgehen können, begründen selbstverständlich keinen Entschädigungsanspruch des Besitzers. Das Grundstück ist so zu sagen selbst schuld. Dagegen ist die Inanspruchnahme eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens allerdings geeignet, als ein besonderes Opfer angesehen zu werden, welches der Ausgleichung bedarf. Die Frage ist namentlich bezüglich der Baulinie und der damit zusammenhängenden Bauverbote erörtert worden. O.Tr. 23. April 1863 (Str. 51 S. 33); Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 348. Vgl. auch unten Note 5 u. 14.

nach öffentlichem Recht; ist es Eigentum, so wird es öffentlichrechtliches oder öffentliches Eigentum, ist es eine Grunddienstbarkeit, so wird diese eine öffentlichrechtliche oder öffentliche Grunddienstbarkeit. Wir deuten diesen Zusammenhang an, indem wir für diese Art die Bezeichnung einer Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache wählen[3].

Nicht bei allen öffentlichen Sachen findet diese Form der rechtlichen Gestaltung Raum. Die sogenannten natürlichen öffentlichen Sachen: Flüsse, Seen, Meeresstrand, sind für den Staat einfürallemal umfassend in Anspruch genommen, so dafs ein zu belastendes Privateigentum nicht übrig bleibt. Alle anderen liefsen sich wohl in der Form der öffentlichen Grunddienstbarkeit denken, selbst Festungswerke, Kirchhöfe, Kanalstrecken. Den Hauptanwendungsfall für sie bilden immer die öffentlichen Wege und was damit zusammenhängt: Brücken, Plätze, sogenannte Durchhäuser. Auch Abzugskanäle, Siehle liefern Beispiele[4].

[3] Vgl. die entsprechende Lehre vom öffentlichen Eigentum oben § 35, III n. 2. Für öffentlichrechtliche Wegedienstbarkeiten dieser Art geben Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 327 eine wunderlich verdrehte Formulierung: „Der Staat (oder die Gemeinde) kann auch eine Servitut haben für das Wegerecht des von ihm vertretenen Jedermann“. Auf diese Weise würde sich die Theorie, wonach das Publikum der eigentliche Herr der öffentlichen Sache ist (oben § 35 Note 8), und die neuere Auffassung, wonach der Staat es ist, allerdings vereinbaren; aber um welchen Preis!

[4] Beispiele von öffentlichrechtlichen Wegeservituten in voriger Note und unten Note 6. Eine solche Servitut über den Hof eines Privatgrundstückes erwähnt Bayr. Ob.G.H. 9. Nov. 1868 (Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 391). Das Hamburger Siehl, welches unter einem Privathaus durchführt, bezeichnet R.G. 10. Jan. 1883 (Samml. VIII S. 152) als „ein öffentliches Recht, welches nach Art einer Dienstbarkeit das Privateigentum beschränkt“. Württemb. V.G.H. 5. Mai 1880 (Württemb. Arch. f. R. Bd. 22 S. 221) erwähnt eine öffentliche Dohle unter einem Privathaus, welche der Stadt vermöge einer „öffentlichrechtlichen Servitut“ gehört. — Wo die Servitut der Stadt oder dem Staate zusteht und auch die Sache zu öffentlichen Zwecken verwendbar macht, aber sie nicht unmittelbar als öffentliche Sache einen solchen Zweck verwirklichen läfst, wird sie nicht zur öffentlichrechtlichen Servitut, so wenig wie Eigentum in solchen Voraussetzungen öffentliches Eigentum war (oben § 35, II). Danach sind die falschen öffentlichrechtlichen Dienstbarkeiten auszuscheiden. V.G.H. 15. Dez. 1885 (Samml. VI S. 241) spricht von einer Servitut, welche zu Gunsten einer gemeindlichen Wasserleitung auf Quellen einer Nachbargemeinde gelegt ist, damit nicht Veränderungen daran vorgenommen werden dürfen, welche den Bestand des Werkes gefährden; eine solche, meint das Gericht, wäre „auf civilrechtlichem Gebiet als negative Realservitut zulässig“. Damit soll also wohl gesagt sein: hier wäre es eine öffentlichrechtliche Servitut. Aber der Zusammenhang mit der Wasserleitung würde nicht genügen, ihr diese Natur zu geben; die Quelle selbst, an der sie besteht, wird dadurch zu keiner öffentlichen Sache.

Dem steht gegenüber die andere Art: die **Belastung** der Sache wird in selbständigen Formen eines Eingriffes für die öffentliche Verwaltung durchgeführt, die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit als solche unmittelbar erzeugt. Das ist dann im Gegensatze zu jener die auferlegte öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit.

Ihr Anwendungsgebiet ist ein formell begrenztes. Sie bedarf als selbständiger Eingriff in das Privateigentum überall der gesetzlichen Grundlagen. Das Gesetz bestimmt aber ganz genau, welche Arten von Dienstbarkeiten auferlegt werden können; allgemeine Ermächtigungen für die Behörden, einfach das Erforderliche zu bestimmen, wie auf dem Gebiete der Polizei, bestehen hier nicht. Deshalb lassen sich an der Hand der Gesetzgebung jedes Staatsgebietes die möglichen Arten von auferlegten öffentlichen Grunddienstbarkeiten erschöpfend aufzählen. Die wichtigsten Beispiele sind: die reichsgesetzlichen Rayonservituten, die oft im Zusammenhang mit der Enteignung behandelten Belastungen des Grundeigentums behufs vorübergehender Benützung oder Entnahme von Materialien, der Leinpfad, die Grunddienstbarkeiten zum Schutz von Heilquellen, die mit dem Strafsenbebauungsplane verbundenen Bau- und Ausbesserungsverbote[5].

In R.G. 6. Okt. 1885 (Samml. XIV S. 214) handelt es sich um eine Servitut für die Gemeinde an dem sog. Schlofsberg auf Benutzung der Ruinen und Anlagen nebst Fufs- und Fahrweg für das Gesamtpublikum. Das Gericht führt aus, dafs eine solche Servitut der Gemeinde zustehen kann zum Besten ihrer Angehörigen. Da würden wir aber scheiden müssen. Die Ruinen und die Anlagen werden nicht als öffentliche Sachen im Rechtssinne angesehen werden können, so wenig wie Museen oder Bibliotheken. Gehörten sie der Stadt zu Eigentum, so wäre es civilrechtliches Eigentum trotz des freien Eintritts; da sie nur eine Servitut daran hat, ist diese eine civilrechtliche. An den Wegen dagegen ist die Dienstbarkeit eine öffentlichrechtliche.

[5] Der Leinpfad kann als öffentlicher Weg gestaltet sein. Dann ist er öffentliche Sache und das Recht des Staates entweder öffentliches Eigentum oder eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit der ersten Art. Wir haben hier nur den Leinpfad im Auge, welcher den Ufereigentümern rechtssatzmäfsig auferlegt ist. Der hat eine andere rechtliche Natur. Der Ufereigentümer bleibt hier im Besitz und Genufs des Bodens; er hat nur zu dulden, dafs für die Zwecke der Schiffahrt Menschen und Zugtiere sein Grundstück betreten. Das ist nach Bl. f. adm. Pr. 1871 S. 35 „eine allgemeine öffentlichrechtliche Dienstbarkeit"; oder, wie Bayr. Ob.G.H. 25. Nov. 1878 (Samml. VII S. 505) es ausdrückt, eine öffentlichrechtliche Berechtigung, eine dem Ufereigentümer auferlegte Duldung. Vgl. über diese Unterscheidung Wörterbuch II S. 45. — Die mit der Aufstellung des Bebauungsplanes verbundenen Baubeschränkungen werden häufig als Polizeiverbote angesehen; es ist aber nichts polizeiliches an ihnen; sie sollen nur die Schaffung einer künftigen Strafse erleichtern, aber nicht Störungen gegen die bestehende gute Ordnung abwehren. V.G.H. 9. Nov. 1880 (Samml. II S. 183) sucht eine Vermittlung zu

Der Gegensatz dieser beiden Arten wird bedeutsam in allen Einzelheiten der Entfaltung des Rechtsinstituts.

I. Die Entstehung der öffentlichen Grunddienstbarkeit vollzieht sich bei jeder der beiden Arten in der ihr entsprechenden besonderen Form.

Für die Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache ist das Vorbild des öffentlichen Eigentums mafsgebend.

Die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit ist demnach entstanden in dem Augenblicke, in welchem die zwei Voraussetzungen zusammentreffen: Indienststellung der öffentlichen Sache und Begründung des dinglichen Rechtes an derselben (oben § 36, I). Für die Indienststellung oder Widmung gilt alles, was beim öffentlichen Eigentum in dieser Beziehung zu sagen war. Ebenso für die Begründung des dinglichen Rechts, nur mit dem Unterschiede, dafs hier Grunddienstbarkeit statt Eigentum der Gegenstand ist. Die Begründung kann wie dort sowohl durch civilrechtlichen als durch öffentlichrechtlichen Titel geschehen. Wir finden öffentliche Wege auf Privatgrundstücken kraft einer durch civilrechtlichen Vertrag eingeräumten Servitut. Noch häufiger ist es die civilrechtliche Ersitzung, die hier angerufen wird. Andererseits kann die Servitut nach gesetzlicher Bestimmung auch im Wege des Enteignungsverfahrens begründet werden. Die dadurch hergestellte beschränkte rechtliche Macht über die Sache ist, gerade wie das so erworbene Eigentum, an sich geneigt, für alle weiteren Beziehungen, die sich von da aus anknüpfen, nach Civilrecht beurteilt zu werden. Die Enteignung schafft also zunächst wieder eine civilrechtliche Servitut und erst durch die Widmung der Sache geht diese ins Öffentlichrechtliche über. In diesem Punkt steht die Begründung durch Enteignung der durch Vertrag oder Ersitzung ganz gleich. Überall sind die zwei Bestandteile, welche zusammen unser Rechtsinstitut verwirklichen, selbständig, von einander scheidbar, und sowie dabei die Rechtsbegründung erscheint ohne noch von der Widmung begleitet zu sein, ist zunächst statt einer öffentlichrechtlichen eine civilrechtliche Grunddienstbarkeit gegeben[6].

---

finden, indem diesen Baubeschränkungen die Bezeichnung gegeben wird als „eine sog. auf polizeilichen Rücksichten beruhende Legalservitut". Das Polizeiliche dient offenbar nur dazu, der Legalservitut ihre öffentlichrechtliche Natur zu geben; die kann sie aber auch haben, ohne Polizei zu sein.

[6] Dieses Verhältnis sucht man verschiedentlich zum Ausdruck zu bringen. Luthardt in Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 372 stellt auf: „eine öffentliche Wegeservitut ist eine privatrechtliche Servitut für einen öffentlichen Weg". Richtiger wäre zu sagen: eine wie eine privatrechtliche begründete Servitut; denn dadurch, dafs sie

Dem gegenüber vollzieht sich die Entstehung der auferlegten Grunddienstbarkeit als einheitlicher Vorgang von öffentlichrechtlicher Gestalt.

Die Grundlage bildet, wie gesagt, immer ein Gesetz. Dazu kann ein Verwaltungsakt ergänzend hinzutreten in verschiedener rechtlicher Bedeutung für die Entstehung der Servitut. Es hängt davon ab, wie weit das Gesetz seinerseits die Bestimmung schon gegeben hat.

Das Gesetz oder der an seine Stelle tretende Rechtssatz kann die Dienstbarkeit erschöpfend bestimmen, so dafs sie unmittelbar aus dem Gesetze wirksam wird, wo der Thatbestand die dafür aufgestellten Merkmale bietet. Dies ist die Regel bei dauernden Belastungen, für welche das Gesetz womöglich auch die räumlichen Mafse der Dienstbarkeit genau festsetzt.

Hier kann dann ein Verwaltungsakt noch hinzukommen, um die entstandene Servitut im Einzelfall ausdrücklich zu erklären, als eine Entscheidung, welche die gesetzliche Bestimmung auf den gegebenen Thatbestand nur zur Anwendung bringt und ausspricht, was sie bereits gewirkt hat [7].

---

nunmehr dem öffentlichen Wege dient, hat sie eben aufgehört, privatrechtlich zu sein. — O.Tr. Stuttgart 21. Febr. 1872 (Seuff. Arch. XXVIII n. 297) meint: Das Wegedienstbarkeitsrecht sei öffentlichrechtliche Dienstbarkeit zu nennen zur Kennzeichnung des benutzenden Subjekts oder der Zweckbestimmung oder der durch beide gegebenen Art der Benutzung durch das Publikum; in Beziehung auf den Rechtstitel gegenüber dem Eigentümer dagegen sei es privatrechtlich. Das wird wohl auf das Nämliche hinauslaufen, was wir auf Grund unseres festeren Begriffes vom öffentlichen Rechte einfacher und deutlicher sagen; nur mufs wohl verstanden sein, dafs die Servitut „in Beziehung auf den Rechtstitel" nur für ihre Entstehungsart, nicht auch für ihren gegenwärtigen Bestand dem Eigentümer gegenüber privatrechtlich aufzufassen ist. Ein Doppelgesicht der bestehenden Servitut: öffentlichrechtlich nach aufsen und civilrechtlich nach innen, darf nicht gemeint sein.

[7] Die Rayonservituten treten erst in Wirksamkeit mit Vornahme der Absteckung und Vermarkung (Reichsges. v. 21. Dez. 1871 § 8). G. Meyer, V.R. II S. 169, sagt davon: „Die Setzung der Rayonsteine hat den Charakter einer Verwaltungsverfügung." Allein es wird darin wohl richtiger lediglich eine thatsächliche Kenntlichmachung der Rayonbezirke zu sehen sein. Die Wirkung tritt durch Gesetz ein, nur bedingt durch die Herstellung dieser äufserlichen Merkmale. Es ist ein ähnliches Verhältnis, wie wir es auch auf dem Gebiete der Polizeirechtssätze beobachtet hatten, die auch unter Umständen erst wirksam werden durch eine Mahnung, durch eine Tafel mit abgebildetem Radschuh oder einen aufgestellten Strohwisch (oben Bd. I S. 284). Das sind alles keine Verfügungen, keine Verwaltungsakte, sondern thatsächliche Benachrichtigungen und Kundgaben. Der Verwaltungsakt liegt bei der Rayonservitut erst in der Feststellung des Rayonplans und Rayonkatasters (Reichsges. § 11); an ihn knüpfen sich auch die Rechtsmittel. Dieser Akt begründet aber nicht die Servitut, ist auch keine Ver-

Es kann auch das Gesetz neben seiner eigenen vollständigen Bestimmung der Servitut die Verwaltung ermächtigen, Abweichungen von seinen Regeln im Einzelfall anzuordnen durch Ermäfsigung oder Beschränkung der Dienstbarkeit. Das wird dann durch eine Verfügung geschehen, die der Dienstbarkeit erst ihre endgültige Gestalt giebt; entstanden war sie in der vom Gesetze bestimmten Gestalt schon vorher[8].

Das Gesetz kann es auch dem Verwaltungsakte überlassen zu bestimmen, dafs und in welchem Mafse die Dienstbarkeit im Einzelfall ins Leben treten soll. Zum Unterschied von der Polizei giebt aber das Gesetz die zu treffenden Mafsregeln hier nie durch allgemeine Ermächtigungen an die Behörde so völlig aus der Hand. Es bestimmt immer die Servitut wenigstens im allgemeinen durch Bezeichnung der Art des Unternehmens, zu dessen Gunsten sie auferlegt werden kann, und der Art der Belastung, die in Anspruch genommen werden darf. Innerhalb dieses Spielraums schafft dann die Behörde die Dienstbarkeit für das von ihr gewählte Grundstück durch ihre Verfügung. Mit der Kundgabe dieser Verfügung an den betroffenen Besitzer entsteht sie[9].

---

fügung, sondern eine Entscheidung, die nur ausspricht, was durch das Gesetz nach erfüllter Bedingung desselben bereits begründet ist.

[8] So bei der Rayonservitut gemäfs Reichsges. § 23. Ebenso kann nach franz. R. der Leinpfad durch Beschlufs des Präfekten gegenüber der gesetzlichen Breite verengert werden (Dekret v. 22. Jan. 1808 art. 4).

[9] Das Recht der Entnahme von Strafsenbaumaterialien aus dazu geeigneten Grundstücken bezeichnet das Preufs. Enteignungsgesetz v. 11. Juni 1874 als „Eigentumsbeschränkung“ (§ 52). Der Name thut nichts zur Sache. Diese Eigentumsbeschränkung wird dem Grundstück auferlegt durch eine „Entscheidung“ der Verwaltungsbehörde (§ 53). Eger, Ges. über die Enteignung von Grundeigentum II S. 512, meint: „das Recht braucht nicht besonders verliehen, bzw. die Pflicht nicht besonders auferlegt zu werden, . . . beides besteht vielmehr ex lege“. Er meint das aber nur im Gegensatz zu dem „Recht zu enteignen“, d. h. betreibender Teil zu sein im Enteignungsverfahren, welches ja allerdings besonders „verliehen“ wird, wenn man so sagen will, gemäfs der diesem Verfahren eigentümlichen Ordnung. Derartiges geht hier nicht voraus. Den obrigkeitlichen Ausspruch, der das bestimmte Grundstück belastet, können wir aber hier so wenig entbehren wie dort den Enteignungsausspruch; erst durch diesen entsteht die Belastung. Fehlt es daran, so begründet die Entnahme von Materialien einfach eine civilrechtliche Schadensersatzpflicht (R.G. 12. Dez. 1883). Das „Recht“, das Eger daneben so sehr betont und das ex lege bestehen soll, ist nichts anderes als die Möglichkeit, durch die nach freiem Ermessen zu erlassende Verfügung das Recht zur Entnahme von Materialien zu erwerben. Es scheint uns aber keinen grofsen Nutzen zu haben, das schon ein Recht zu nennen. — Der Entnahme von Strafsenmaterialien ähnlich werden „vorübergehende Beschränkungen“ des Grundstückeigentums zu Gunsten eines

Anders als durch unmittelbar das belastete Grundstück erfassenden Rechtssatz oder durch ermächtigten Verwaltungsakt kann die auferlegte öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit nicht entstehen. Sie ist eine rechtliche Macht über ein bestimmtes Grundstück, und nur in dieser Form kann das Grundstück rechtlich von ihr erfafst werden. Es ist denkbar, dafs ein Gesetz die Verwaltung allgemein ermächtigt, einfach thatsächlich mit der erforderlichen Inanspruchnahme von Grundstücken vorzugehen, oder dafs die Verwaltung selbst ohne Gesetz dazu befugt erscheint; wir werden davon zahlreiche Beispiele noch zu betrachten haben (unten § 41). Aber unser Rechtsinstitut ist eben dann nicht in Frage, sondern ein anderes, wohl zu unterscheidendes.

II. Die Wirkung der öffentlichrechtlichen Grunddienstbarkeit erweist sich in der Aufrechterhaltung und Ausübung derjenigen rechtlichen Herrschaft über die Sache, welche ihrem Inhalte entspricht.

Die Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache wird ganz ebenso ausgeübt, wie das öffentliche Eigentum. Die Verwaltung ist im unmittelbaren körperlichen Besitz, schützt und verteidigt sich darin durch die der öffentlichen Sache eigentümliche Polizei, ordnet und gewährt Nutzungsrechte der Einzelnen daran in den nämlichen Formen wie dort[10]. Der einzige Unterschied ist der, dafs hier hinter der öffentlichrechtlichen Servitut noch das Privateigentum steht und demgemäfs die Sache in dieser Richtung zugleich Gegenstand civilrechtlicher Rechtsvorgänge werden kann.

Die auferlegte Grunddienstbarkeit wirkt nicht so gleichmäfsig. Der körperliche Besitz bleibt regelmäfsig dem Eigentümer. Die Dienstbarkeit bedeutet in den wichtigsten Fällen nichts anderes als die Pflicht zu einem Unterlassen für den Eigentümer selbst wie für

---

öffentlichen Unternehmens behandelt (Preufs. Enteignungsges. § 4). Darunter ist verstanden die Inbesitznahme zum Zweck der Niederlegung von Baumaterialien, Anlage von Werkplätzen für die Dauer des Baues u. dergl. (Eger a. a. O. I S. 57). Die Dienstbarkeit wird begründet durch einen auf das bestimmte Grundstück gerichteten Verwaltungsakt, einen Beschlufs der Bezirksregierung. Das Besitz- und Benutzungsrecht ist hier so umfassend, dafs, so lange es dauert, das Eigentum selbst ziemlich brach liegt. Daher dieser Eingriff sich von der Enteignung thatsächlich nur scheidet durch seine vorübergehende Natur. Das Preufs. Enteignungsges. begrenzt ihn auf 3 Jahre. Das franz. R. giebt dem Eigentümer, falls die Besitzentziehung eine angemessene Dauer überschreitet, das Recht, Entschädigung zu begehren, wie in Folge einer vollen Enteignung, wobei dann das Eigentum durch Vertrag übergeht (Theorie des Franz. V.R. S. 272).

[10] Vgl. oben § 36, II und wegen der Gebrauchsrechte §§ 37—39.

jeden anderen; sie erschöpft sich in Bauverboten, Anpflanzungsverboten u. dergl. Da geben denn für die weitere Gestaltung die rechtlichen Formen des Polizeibefehls wieder das Vorbild. Insbesondere kommt auch das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zur Anwendung. Ebenso liefert der Polizeizwang die Formen für die Bekämpfung des Zuwiderhandelns und seiner Folgen: Strafsetzung und Strafverhängung, Gewaltanwendung und Ersatzvornahme zur Beseitigung des servitutwidrig Eingerichteten. Polizei ist natürlich alles das trotz der äufserlichen Übereinstimmung nicht; es steht auf selbständiger. öffentlichrechtlicher Grundlage [11].

In anderen Fällen geht die auferlegte Dienstbarkeit auf das Dulden einer bestimmten Thätigkeit, die an dem belasteten Grundstücke zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens vorgenommen werden soll: Entnahme von Strafsenbaumaterialien, Benützung als Lagerplatz und Werkplatz für öffentliche Bauten oder zum Zug der Schiffe auf dem anstofsenden Strome. Die Vornahme dieser Handlungen selbst erfolgt möglicherweise durch die Arbeiter eines gewöhnlichen Strafsenbauunternehmers, durch Maurer und Zimmerleute oder durch Schiffsknechte, die alle nicht namens des Staates thätig sind. Aber zu Gunsten des betreffenden öffentlichen Unternehmens mufste ihnen diese Thätigkeit an dem fremden Grundstücke freigegeben werden. Indem er ihnen diese Benutzung zuweist und sie gegen Störung oder Hindernisse, die ihnen bereitet werden, schützt, übt der Staat sein eignes Recht der Grunddienstbarkeit aus. Der Schutz wird wieder in Formen vor sich gehen, die sich denen des Polizeirechts anschliefsen. Die Handelnden haben aufserdem einen selbständigen Anspruch auf Schutz gegen Gewalt und Beschädigung, die ihnen bei dieser Gelegenheit zugefügt werden, um ihre Thätigkeit zu hindern,

---

[11] Die Rayonservituten des Reichsgesetzes v. 21. Dez. 1871 geben Beispiele der verschiedenartigsten Formen von Zwang. Darüber Laband, St.R. II S. 826: „Die Erzwingung der Innehaltung der im Rayongesetze anerkannten Eigentumsbeschränkungen erfolgt nicht im Wege des Civilprozesses, sondern durch Strafandrohungen und Verwaltungsmafsregeln; denn da diese Beschränkungen nicht zu Gunsten des Fiskus, sondern zu Gunsten des Staates im publizistischen Sinne, d. h. zur Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben eingeführt sind, so werden sie auch mit den für Zwecke der Verwaltung anerkannten Machtmitteln der Staatsgewalt durchgeführt." Die Aufgaben des Staates würden wir allerdings weder als öffentlichrechtliche, noch als civilrechtliche bezeichnen; erst was er in Erfüllung der Aufgaben, die er sich stellt, wirklich thut, unterliegt solcher Beurteilung. — Im älteren preufs. R. nannte man die Mafsregeln zur Wahrung der Rayonservitut durchweg polizeiliche Verfügungen: C.C.H. 9. Okt. 1869 (J.M.Bl. 1869 S. 250). Der Begriff der Polizei hat sich ja erst allmählich eingeschränkt.

und zwar dieses nach gemeinen Grundsätzen des Civil- und Strafrechts. Es bedarf dazu nicht der Annahme einer ihnen selbst wieder zustehenden Servitutberechtigung. Indem der Servitutberechtigte sich ihrer bedient, um sein Recht auszuüben, befinden sie sich dem Eigentümer wie jedem Dritten gegenüber in erlaubtem Gebrauch ihrer Freiheit, und das genügt, um ihnen jenen Schutz zu sichern. —

Beide Arten von Grunddienstbarkeiten, die der öffentlichen Sache wie die auferlegte, können Gegenstand eines Rechtsstreites werden. Die naturgemäfse Stellung der Parteien ist auch hier wieder wie beim öffentlichen Eigentum (oben § 36, II n. 3) die, dafs der belastete Eigentümer als Kläger auftritt; die Verwaltung ihrerseits ist stets in der Lage, mit den ihr zu Gebote stehenden Machtmitteln den ihren Ansprüchen gemäfsen Besitzstand herzustellen und aufrecht zu erhalten.

Die Grundlage der Klage wird aber bei jeder der beiden Arten von Grunddienstbarkeit eine verschiedene sein.

Gegenüber der Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache behauptet der Kläger die Freiheit seines Eigentums. Diese Freiheit kann durch civilrechtliche Begründung einer Servitut oder durch Begründung einer solchen im Wege der Enteignung beschränkt sein; sie hat aber gegenüber solchen Beschränkungen die Vermutung auch hier für sich. Die Verwaltung mufs sich auf die begründete Servitut berufen und diese beweisen. Die Klage ist einfach die civilrechtliche actio negatoria, ähnlich der gegen das öffentliche Eigentum gerichteten rei vindicatio. Ihr Erfolg wird wie dort möglicherweise beschränkt durch die Aufrechterhaltung des öffentlichrechtlichen Besitzstandes, auch ohne ein begründetes Recht an der Sache[12].

Die auferlegte Grunddienstbarkeit läfst eine solche Ausscheidung civilrechtlicher Elemente nicht zu. Die Belastung des Eigentums durch eine civilrechtliche Servitut bildet hier keinen selbständigen Abschnitt gegenüber der öffentlichrechtlichen Macht, die daran erscheint. Das Ganze ist von vornherein und durchweg nichts als ein öffentlichrechtlicher Eingriff. Die Beschwerde des Eigentümers richtet sich gegen die Rechtmäfsigkeit dieses Eingriffs; sie hat die Natur der Anfechtung von Verwaltungsmafsregeln, das Eigentum dient blofs als Legitimation dazu. Mangels anderweiter Bestimmung ist hierfür die Beschwerde im Verwaltungsinstanzenzug das Naturgegebene. Sache

[12] Es gilt hier das Nämliche, was bezüglich solcher Rechtsstreite in der Lehre vom öffentlichen Eigentum gesagt ist: vgl. oben § 36, II n. 3; Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 327, 371, 391; eod. 1873 S. 126 (Ob.G.H. 25. Juni 1872).

der besonderen Ordnung des Verwaltungsrechtsschutzes ist es, wenn ein Rechtsweg dafür eröffnet werden soll [13]. —

Endlich knüpft sich an die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit möglicherweise noch eine weitere Wirkung: der Anspruch des Belasteten auf öffentlichrechtliche Entschädigung. Sie ist das Gegenstück zu der Gebührenpflicht, von welcher die Gebrauchsrechte, die den Einzelnen an öffentlichen Sachen zukommen, begleitet sind.

Während aber dort die Gebührenpflicht nur entstand kraft besonderer Anordnung, — es ist nicht selbstverständlich, dafs der Einzelne einen besonderen Entgelt zu leisten hat für die besonderen Vorteile, welche ihm die Allgemeinheit gewährt, — entsteht der Anspruch auf Entschädigung für die zu erduldende Grunddienstbarkeit und ihre Nachteile kraft eines allgemeinen Rechtssatzes. Es ist das grofse Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Entschädigung, das diesen Rechtssatz liefert und unten §§ 53 und 54 ausführlicher behandelt werden soll.

Hier ist aber so viel davon vorweg zu nehmen, dafs wir zusammenstellen, wie sich die verschiedenen Arten von öffentlichrechtlichen Dienstbarkeiten in dieser Beziehung grundsätzlich verhalten.

Für die Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache liegt die Frage einfach so, dafs sie erledigt ist durch die Art, wie das dazu gehörige Servitutrecht begründet wurde. Vertrag und Ersitzung entschädigen nicht, die Enteignung entschädigt nach ihrer Art.

Die auferlegte Grunddienstbarkeit begründet einen Entschädigungsanspruch überall, wo sie als Folge von einzelnen Mafsnahmen und Thätigkeitsäufserungen der öffentlichen Verwaltung erscheint; da stellt sie das „besondere Opfer“ vor, welches das Rechtsinstitut voraussetzt.

Diese Voraussetzung wird stets zutreffen bei den durch Verwaltungsakt, durch Verfügung im Einzelfall begründeten Lasten dieser Art [14].

---

[13] Hierüber die Ausführungen von Eger, Ges. über die Enteignung, I S. 65 ff.

[14] Vgl. die Beispiele oben Note 9. — Grundsätzliche Erörterungen der Frage giebt bezüglich der Baubeschränkungen O.Tr. 5. Juli 1866 (Str. 64 S. 184) und O.Tr. 23. April 1863 (Str. 51 S. 33). Die Bauverbote, welche an der Feststellung der Baulinie hängen, begründen keinen selbständigen Entschädigungsanspruch. In Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 351 soll das damit gerechtfertigt werden, dafs die Baulinie eine polizeiliche Eigentumsbeschränkung sei und für polizeiliche Mafsregeln nicht entschädigt werde. Das letztere ist richtig, das erstere falsch.

Keine Entschädigung wird geschuldet, — es sei denn, dafs das Gesetz sie besonders anordnet, — für Grunddienstbarkeiten, welche unvermittelt durch Rechtssatz begründet sind. Das wird nicht als ein besonderes Opfer des Betroffenen angesehen, sondern als eine Bedingung, mit welcher das Eigentum überhaupt nur anerkannt wird. Dafs die Grunddienstbarkeit etwa durch einen erklärenden Verwaltungsakt noch ausgesprochen und festgestellt wird, ändert daran nichts. Doch würde es im Sinne der Entschädigungspflicht keine unvermittelt auf Rechtssatz beruhende Last sein, wenn der Rechtssatz im Einzelfall selbst erst wirksam gemacht wird durch Verwaltungsmafsregeln, Einrichtungen und Arbeiten, welche seine thatsächlichen Voraussetzungen schaffen und dem betroffenen Grundstücke nahe bringen. Der Fall ist dann, was die Entschädigung anlangt, grundsätzlich geradeso zu behandeln, wie wenn die Dienstbarkeit erst durch Verwaltungsakt auferlegt wäre. Die Unterscheidung der Fälle mit geschuldeter und nicht geschuldeter Entschädigung trifft also nicht zusammen mit dem Gegensatz der rechtlichen Entstehungsgründe der Dienstbarkeit[15].

III. Die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit, wie verschieden auch ihre rechtliche Gestalt und ihre Entstehungsart sein mag, gehört, einmal begründet, vollständig dem öffentlichen Rechte an. Sie ist deshalb unzugänglich für die Endigungsgründe, welche das Civilrecht seinem entsprechenden Rechtsinstitute setzt. Sie erlischt

---

Dieses Bauverbot läfst sich in keiner Weise als polizeiliche Mafsregel erklären. Wenn dafür nicht entschädigt wird, so hat das einen anderen Grund. Es ist nur eine vorläufige Mafsregel zu Gunsten des künftigen Erwerbs; mit diesem verbindet sich alsdann die Entschädigung als Kaufpreis oder Enteignungsentschädigung, oder auch sie erledigt sich durch unentgeltliche Abtretung zum Zweck der Herstellung der Strafse, die dem Angrenzer ja wichtig genug ist.

[15] Die gesetzliche Auferlegung der Leinpfadservitut begründet keinen Entschädigungsanspruch; wird sie aber durch Schiffbarmachung eines Flusses, der bisher nicht schiffbar war, auf neue Grundstücke ausgedehnt, so gebührt hierfür Entschädigung; Wörterbuch II S. 45. Die Rayonservituten werden in Bezug auf die Frage der Entschädigung verschieden behandelt. Darüber v. Kirchenheim in Wörterbuch I S. 391. Eigentlich wäre zu unterscheiden: was zur Zeit des belastenden Gesetzes schon Festungsvorland ist, würde grundsätzlich nicht entschädigt, wenn das Gesetz es nicht ausdrücklich bestimmt. Was durch Neubauten Vorland würde, hätte dagegen einen Anspruch darauf. Die Frage pflegt aber ohne solche Unterscheidung geordnet zu werden. Das Reichsges. v. 21. Dez. 1871 entschädigt allgemein; es hatte wesentlich Neubauten im Auge. Umgekehrt hat man aus dem Stillschweigen des französischen Gesetzes, das wesentlich nur den bestehenden Zustand im Auge hat, geschlossen, dafs allgemein keine Entschädigung zu gewähren ist; Ducrocq, droit adm. n. 297.

nicht durch Nichtgebrauch, noch durch Vertrag, Konfusion[16] oder Verabsäumung der zur Bewahrung civilrechtlicher Servituten vorgeschriebenen Förmlichkeiten[17]. Die Endigungsgründe, welche hier wirksam werden, sind wieder verschieden nach den beiden Hauptarten.

Für die Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache ist der einzige Erlöschungsgrund, der in Betracht kommt, derjenige, der auch beim öffentlichen Eigentum wirkt, die Auflassung. Von dieser gilt hier ganz dasselbe, was in der Lehre vom öffentlichen Eigentum (oben § 36, III) von ihr gesagt ist. Ein Unterschied zeigt sich nur in dem, was nach der geschehenen Auflassung übrig bleibt: dort blieb nach der Auflassung ein civilrechtliches Eigentum des bisherigen Herrn der öffentlichen Sache; hier wird sich an dessen Stelle eine civilrechtliche Grunddienstbarkeit ergeben. Ihr Inhalt ist der nämliche, welchen bisher die öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit in ihren Formen zur Geltung brachte. Aber fortan ist sie in den Formen des Civilrechts verzichtbar; durch non usus geht sie unter. Ihrer Art nach kann sie nur eine Personalservitut sein, welche dem Staate, der Gemeinde an dem bisherigen Wege oder Abzugskanal u. s. w. zusteht.

Die auferlegte öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit kann untergehn durch eine Änderung des Gesetzes; das ist nichts besonderes. Wo aber die genauere Bestimmung einem Verwaltungsakte mit freiem Ermessen, einer Verfügung, überlassen ist, giebt die Änderung dieses Aktes einen eignen Erlöschungsgrund. Das bisher betroffene Grundstück wird befreit, möglicherweise unter gleichzeitiger Belastung eines anderen. Möglich ist hier auch eine Endigung der Dienstbarkeit durch Ablauf der Zeit, für welche sie bestellt worden ist. Der begründende Verwaltungsakt kann eine Frist bestimmen; in manchen Fällen giebt das Gesetz die Ermächtigung zur Auferlegung der Dienstbarkeit überhaupt nur für eine gewisse Dauer. Mit Ablauf der Frist fällt sie dann von selbst zusammen[18].

---

[16] Wenn der Staat das zu seinen Gunsten mit einer öffentlichen Wegedienstbarkeit belastete Grundstück eigentümlich erwirbt, so entsteht allerdings öffentliches Eigentum, und insofern kann man sagen, dafs die Dienstbarkeit durch Konfusion verschwindet. Wenn aber der Staat Eigentümer des mit der Rayonservitut belasteten Grundstücks wird, so besteht diese fort: das öffentlichrechtliche Rechtsinstitut wird wieder rückbezüglich auf den Fiskus (oben Bd. I S. 143). Wird das belastete Grundstück selbst eine öffentliche Sache (Strafse, Festungswerk), so erlischt die Servitut, um wieder wirksam zu werden, sobald es aufhört, das zu sein (oben § 36, II n. 2).

[17] Dafür das Beispiel oben § 36 Note 18.

[18] Vgl. oben Note 9.

Der wichtigste Endigungsgrund ist aber hier der Wegfall des Unternehmens, zu dessen Gunsten die Grunddienstbarkeit auferlegt worden ist: die Rayonservitut erlischt mit der Auflassung des Festungswerkes, das Recht der Materialentnahme oder vorübergehenden Besitzergreifung mit dem Aufhören der Strafsenarbeiten, für welche es gegeben war, der Leinpfad mit dem Aufhören der Schiffbarkeit des Flusses. Daran zeigt sich, wie sehr hier das bestimmte öffentliche Unternehmen die Stelle des praedium dominans vertritt. Sein Wegfall wirkt wie im Civilrecht der Untergang des letzteren.

Noch näher liegt der Vergleich dieses Endigungsgrundes mit dem einzigen Endigungsgrunde der Grunddienstbarkeit der öffentlichen Sache: die Aufgabe eines bestimmten öffentlichen Unternehmens wirkt hier und dort; nur dafs dort das Unternehmen an der mit der Dienstbarkeit belasteten Sache selbst sich vollzog, hier aufserhalb derselben stand und sie nur von aufserhalb her in Anspruch nahm. Im weiteren Ergebnis dieser Endigung werden sich aber die beiden Arten von öffentlichrechtlicher Grunddienstbarkeit wieder scharf unterscheiden: während dort die Endigung die entsprechende civilrechtliche Servitut übrig liefs, bleibt hier nichts zurück. Das öffentliche Unternehmen gab hier nicht etwa der Grunddienstbarkeit nur ihre öffentlichrechtliche Natur, sondern es war allein Rechtfertigungsgrund des ganzen Eingriffs in seinem Beginn und seiner Dauer; er bestand von vornherein nur dafür und hört von selbst damit auf, rechtlich zu bestehen.

§ 41.

Öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung.

Die Erscheinungen, welche wir hier zusammenfassen, gewinnen ihre Einheitlichkeit dadurch, dafs wir sie anlehnen an das gleichnamige civilrechtliche Rechtsinstitut in derselben Weise, wie den zuletzt betrachteten die civilrechtliche Servitut als Vorbild gedient hat.

Das Civilrecht scheidet die beiden danach, dafs die Servitut ein bestimmtes für den Anderen begründetes Recht voraussetzt, welches das Zurückdrängen des Eigentums zur Folge hat, die Eigentumsbeschränkung umgekehrt ausgeht von einer dem Eigentum selbst allgemein anhaftenden Schwäche, die seine volle Geltendmachung im einen oder andern Punkte ausschliefst und aus welcher dann einem Anderen wieder ein rechtlich geschützter Vorteil, ein Recht in diesem

Sinne entsteht[1]. Dieser letzteren Rechtsgestalt entspricht das, was wir hier vor uns haben und die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung nennen.

Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, wie die civilrechtliche, bezieht sich nur auf Grundstücke[2].

Die civilrechtliche hat zur Grundlage den einfachen Gedanken, dafs die Ausübung jedes Eigentums unmöglich wäre, wenn nicht jeder von seinem Nächsten gewisse Störungen und Benachteiligungen dulden müfste; im Nachbarrecht kommt sie vorzugsweise zum Ausdruck. Die öffentlichrechtliche stellt nicht die Eigentümer einander gegenüber, sondern die Eigentümer und die öffentliche Gewalt und hat zur Grundlage den Gedanken, dafs die Thätigkeit der Verwaltung durch die unbedingte Geltendmachung der Rechte des Eigentums nicht gehemmt werden darf.

Dem entsprechend bestimmt das Civilrecht das Mafs der zu duldenden Eingriffe auf das im allseitigen Interesse Zuzulassende, was einerseits das gewöhnliche Nebeneinander der Wirtschaften von selbst mit sich bringt und andererseits einen greifbaren Schaden nicht verursacht[3].

Das öffentliche Recht gemäfs der in ihm geltenden Einseitigkeit giebt das Mafs in Gestalt einer Schranke des vorherrschenden Rechtssubjektes: nicht jede Art von Einwirkung ist frei, sondern nur die aus der öffentlichen Verwaltung von selbst hervorgehende und auch diese nur bis zu einer gewissen Grenze, die eine übermäfsige Belastung verhindert.

Eben diese Einseitigkeit hat aber noch eine andere Folge: das Civilrecht sichert einen gewissen Ausgleich für die Betroffenen durch die offengelassene Gegenseitigkeit; die besteht hier nicht, dafür gewährt das öffentliche Recht nötigenfalls die ihm eigentümliche ausgleichende Entschädigung.

I. Das Anwendungsgebiet unseres Rechtsinstitutes ist ein ungemein reiches, und in einer grofsen Mannigfaltigkeit von Erscheinungen unseres Rechtslebens stellt es sich dar. Eine durch-

---

[1] Vangerow, Pand. § 297 Anm.; Windscheid, Pand. § 169 Note 2.

[2] Jhering in Jahrb. f. Dogm. VI S. 63 ff.

[3] Jhering a. a. O. S. 128 giebt die Grenze folgendermafsen an: „Niemand braucht unmittelbare Eingriffe von seiten seiner Nachbarn zu dulden, welche entweder der Person oder Sache schaden oder die Person in einer das gewöhnliche Mafs des Erträglichen überschreitenden Weise belästigen.“ Darin, dafs das „Erträgliche“ geduldet werden mufs, liegt eben jene Verneinung der unbedingten Geltung des Eigentums, welche als Eigentumsbeschränkung zum Ausdruck kommt.

gehende gesetzliche Ordnung, die uns führen könnte, würden wir vergebens suchen. Das Gesetz beteiligt sich wohl dazwischen an der Anerkennung und genaueren Bestimmung solcher Einwirkungen auf das Grundeigentum nach Voraussetzungen, Grenzen und Folgen; aber dies mehr nur nach Gelegenheit als nach festem System oder Bedeutsamkeit des Gegenstandes. Der Rechtsvorgang vollzieht sich ganz ebenso auch ohne Gesetz. Es giebt zahlreiche Fälle, wo gegen einen Eingriff in das Grundeigentum, der nicht auf einer Dienstbarkeit oder sonstigen rechtlichen Macht über die Sache beruht und der ordentlicher Weise mit der civilrechtlichen Klage des Eigentümers auf Beseitigung und Unterlassung der Störung beantwortet werden könnte, dieser Schutz versagt wird, blofs weil der Eingriff von der öffentlichen Verwaltung ausgeht. Das ist dann jedesmal ein untrügliches Merkmal dafür, dafs unser Rechtsinstitut wirksam geworden ist. Anders würde sich die Sache gar nicht erklären und verstehen lassen.

Es gehören dahin vor allem gewisse Vorgänge und Einrichtungen auf Nachbargrundstücken, deren Wirkungen in das angegriffene Grundstück hinüberreichen. Ein Kanal läfst Wasser dahin durchsickern, ein Wegedamm staut das Wasser an, so dafs es sich dort verbreitet, eine Schiefsstätte läfst ständig verirrte Kugeln hinüberfliegen. Schadensersatzklage wäre nach Civilrecht selbstverständlich. Aber in erster Linie wäre civilrechtlich auch die Klage begründet auf Beseitigung des die Störung hervorrufenden Zustandes und Unterlassung künftiger Störung. Wenn aber diese Störung ausging von einem öffentlichen Kanal, von der Anlage eines Staatsstrafsendammes, von einem Militärschiefsplatz, so versagt die Eigentumsklage. Besondere Regeln des öffentlichen Rechts ragen offenbar da herein, vor welchen sie zurücktritt[4].

---

[4] Diese Grundsätze werden von den Gerichten in verschiedenen Wendungen wiedergegeben. Die älteren Auffassungen und Ausdrucksweisen spielen dabei ihre Rolle. Wenn gesagt wird: es sei eine polizeiliche Mafsregel, so will das heifsen: das Verhältnis sei öffentlichrechtlicher Natur. Wenn gesagt wird: gerichtliche Klage sei unstatthaft, so bedeutet das: ein Rechtsanspruch besteht nicht. — O.Tr. 20. Juni 1871 (Str. 83 S. 37): Das Regenwasser fliefst von einem Eisenbahndamm auf Privatgrundstücke; die Klage auf Herstellung geeigneter Vorkehrungen, um das zu hindern, wird abgewiesen; „nur die Regierung kann bestimmen, was geschehen soll“. Dagegen wird Entschädigung geschuldet und steht der Rechtsweg hierfür offen. — O.Tr. 25. Sept. 1877 (Str. 98 S. 21): Nach Erbauung einer Kreischaussee erheben die Angrenzer Klage auf Herstellung geeigneter Vorkehrungen zur Sicherung ihrer Grundstücke gegen Überschwemmung und Versumpfung; der Rechtsweg ist dafür nicht zulässig; nur Entschädigung kann verlangt werden. —

Jedermann ferner hat das Recht, das Betreten seines Grundstückes durch Andere, denen nicht ein nachweisbares Recht dazu er-

C.C.H. 7. Juni 1873 (J. M. Bl. 1873 S. 239): Die Eisenbahnverwaltung schüttet zur Verbesserung ihrer Anlagen einen Damm auf; Besitzklage dagegen wegen der Einwirkung auf die Nachbargrundstücke ist unzulässig; denn „durch die von dem Herrn Minister amtlich abgegebene Erklärung steht fest, dafs die von der Verklagten bewirkte Anlage polizeilich geboten ist“. — C.C.H. 4. Febr. 1854 erklärt die Klage eines Angrenzers auf Beseitigung einer Pappelpflanzung auf der Strafse, die sein Grundstück schädigt, für unzulässig, denn die Pappelpflanzung beruht auf „polizeilichen Anordnungen des Ober-Präsidenten zur Sicherung der Passage“. — C.C.H. 13. Okt. 1860 (J.M.Bl. 1861 S. 269): Die Strafsenrinne war an die klägerische Mauer gelegt worden; das ist eine „polizeiliche Verfügung; die Klage auf Änderung ist unzulässig“. — Abweichend findet bayr. Ob.G.H. 28. Nov. 1879 in der Klage auf Beseitigung der Anlage eines öffentlichen Gemeindewegs, der das Wasser auf das Nachbargrundstück drängt, eine „reine Civilrechtssache“, welche zur Zuständigkeit des Gerichts gehört. Und C.C.H. 13. Aug. 1870 hat die übliche Begründung der Klageabweisung mit der Achtung vor der polizeilichen Verfügung geradezu verspottet: Von einem Militärschiefsplatz flogen die Kugeln auf Nachbargrundstücke; Besitzstörungsklage gegen den Militärfiskus; Verurteilung und Verbot, solches Schiefsen zu gestatten, durch welches Kugeln auf das Grundstück des Klägers gebracht werden. Der C.C.H. erwägt, ob hier eine polizeiliche Verfügung in Frage steht, gegen welchen der Rechtsweg ausgeschlossen wäre, und verneint dies, „weil der Gouverneur ja nicht verfügt habe, dafs die Kugeln auf das Privatgrundstück hinüberfliegen sollen“. — Diese Frage der überfliegenden Kugeln scheint jedoch in der herrschenden Übung zweifellos zu Gunsten des Militärs gelöst zu sein. Die neuen weittragenden Gewehre haben ja sogar dazu geführt, dafs man gefährdete Wohnungen gewaltsam geräumt hat. Der Rechtsstandpunkt war der: das Militär durfte schiefsen und der Bauer durfte in seinem Haus bleiben; wurde er getroffen, so hatte er Anspruch auf Entschädigung, oder seine Hinterbliebenen hatten ihn; es bestand kein Recht, ihn zu entfernen, aber menschlicher war's, es doch zu thun. Ähnlich verhält es sich mit den viel besprochenen Absperrungen bei Übungen im Scharfschiefsen im Gelände. Die Abhülfe ist nur durch neue Schiefsplätze zu verschaffen.

Das Reichsgericht hat das Rechtsinstitut in zwei Fällen im wesentlichen richtig behandelt. R.G. 24. Sept. 1889 (Samml. XXIV S. 36): In einer Kaserne werden Schiefsübungen gehalten; Klage eines Nachbars auf Anerkennung der Freiheit seines Eigentums und Unterlassung des geräuschvollen Schiefsens. Das Gericht erklärt diese Klage für unzulässig, da es sich um Ausübung des Militärhoheitsrechtes (?) handle; nur Entschädigung kann in Frage sein. — Noch klarer in einem Falle des preufsischen Rechts R.G. 20. Sept. 1882 (Samml. VII S. 266): Der Betrieb einer Eisenbahn gefährdet durch die aussprühenden Funken der Lokomotive das angrenzende Grundstück. Nach Nachbarrecht, sagt das Gericht, — d. h. nach Civilrecht — braucht kein Grundeigentümer solche Benützung der nachbarlichen Grundstücke zu dulden. Wenn aber die Staatsgewalt dem Unternehmer einer Eisenbahn im öffentlichen Interesse Anlage und Betrieb gestattet hat, so sind die Eigentümer nicht befugt, mit negatorischer Klage Einstellung des Bahnbetriebes wegen Immission von Funken oder Erschütterung, oder Sicherheitsmafs-

worben ist, abzuwehren und Klage auf Schadensersatz und künftige Unterlassung deshalb zu erheben. Für die Zollaufsichtsbeamten und die Beamten der Kriminalpolizei besteht diese Schranke nicht, wenn sie dienstlich Anlafs haben, ein fremdes Grundstück zu überschreiten oder sich darauf aufzustellen[5]. Die Feuerwehr dringt in Gärten und Hofräume ein, um der Feuersbrunst im Nachbarhause beizukommen[6]. Der Postwagen fährt über die angrenzenden

---

regeln dagegen zu fordern. In der Erteilung der Konzession durch die Staatsgewalt liegt die allgemeine Anordnung der Staatsgewalt, dafs sich die benachbarten Grundbesitzer diejenigen nachteiligen Einwirkungen auf ihr Grundstück gefallen lassen müssen, ohne welche der Betrieb nicht ausführbar ist. Solche Konzessionierung ist ein im öffentlichen Interesse seitens der Staatsgewalt bewirkter Eingriff in das Privateigentum, eine Eigentumsbeschränkung, deshalb soll nur Entschädigungsklage zulässig sein. Hieran ist nur der engherzige Versuch verfehlt, die Eigentumsbeschränkung auf eine besondere staatliche Anordnung zurückzuführen, welche in der Konzession enthalten wäre. Wenn der Staat einfach selbst die Eisenbahn baut, fehlt ein solcher Akt, und die Eigentumsbeschränkung ist gleichwohl geradeso da; sie besteht zu Gunsten des öffentlichen Unternehmens von selbst. Die Konzession hat nur die Bedeutung, das Unternehmen der Eisenbahngesellschaft als ein öffentliches Unternehmen, gleichwertig einem vom Staate selbst betriebenen, anzuerkennen. Irgend welche besondere Anordnung über die Unterthanen enthält sie nicht. Das Reichsgericht möchte die Sache gern so auffassen, als wäre nur eine Erweiterung des civilrechtlichen Nachbarrechts eingetreten. Wo es da die Entschädigungspflicht herbekommen will, ist nicht abzusehen. Öffentliches Recht ist aber hier mit aller Entschiedenheit allein in Frage: öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung und öffentlichrechtliche Entschädigung. Aber für das öffentliche Recht fehlt dem Reichsgericht zur Zeit noch der sichere Blick.

[5] O.V.G. 28. Nov. 1885: „Der (Polizei-)Beamte ist, falls es sich um Erfüllung einer Amtspflicht handelt, berechtigt, auch ohne Erlaubnis des Eigentümers fremde Grundstücke zu betreten.“ Es handelte sich darum, dafs ein Fischereiaufseher bei Verfolgung eines Fischerei-Kontravenienten über fremde Wiesen und bestellte Äcker gelaufen war und dafür von dem Eigentümer in Anspruch genommen wurde. Es will uns selbstverständlich erscheinen, dafs der Beamte solche Befugnis haben mufs, besser gesagt, — denn ein ihm persönlich zustehendes Recht ist es ja nicht — dafs für die öffentliche Gewalt, die er vertritt, das fremde Eigentum hier kein Hindernis sein darf. Das wäre sonst für die Übelthäter, die sich ihrerseits nicht daran kehren, gar zu bequem, um zu entwischen. Aber es gilt, sich bewufst zu werden, dafs wir hier keine blofse Thatsache vor uns haben, sondern eine Rechtserscheinung, die das Glied bildet eines gröfseren Ganzen. — Ähnlich O.Tr. 1. Dez. 1875: Zollaufsichtsbeamte verbergen sich auf einem Privatgrundstück, um vorüberkommenden Schmugglern aufzulauern; der Eigentümer darf sich nicht widersetzen.

[6] Bei Beratung des Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 in der Kommission des Preufs. Abgeordnetenhauses war vorgeschlagen worden, aufser sonstigen Eingriffen, die bei dieser Gelegenheit ihre Regelung fanden, „auch die Folgen der Eigentumsbeschränkung durch polizeiliche Mafsregeln zum Schutze des Grundbesitzes und Ausschlufs polizeilicher Willkür vorzusehen“. Es war in diesem Sinne zu § 4

Wiesen, wenn die Strafse unwegsam ist[7]. In hervorragendem Mafse nehmen die militärischen Manöver das Grundeigentum in Anspruch: unaufhaltsam geht die übende Truppe durch das Gelände; niemand denkt daran, dafs dies ein rechtswidriger Eingriff in das Eigentum sein könnte[8].

(vorübergehende Besitzentziehungen) der Zusatz beantragt worden: „Zu Eingriffen in das Grundeigentum in Notfällen, namentlich bei einer Feuersbrunst oder Wassersnot oder einer Lebensgefahr, für die Dauer des Notfalles sind die Polizeibehörden befugt“. Die Entschädigungspflicht sollte ausdrücklich dem Staate auferlegt werden. Darunter wären eben solche Fälle, wie der im Text erwähnte begriffen gewesen; die Bezeichnung als „polizeilich“ pafst nach dem heutigen Begriffe von Polizei allerdings nicht auf eine Mafsregel, welche eines unbeteiligten Grundstückes sich bedient, um die von anders woher kommende Störung zu bekämpfen (Bd. I § 19, II n. 1). Aber wie man sie auch nenne, die Zulässigkeit solcher Eingriffe, auch ohne Gesetz, steht so unzweifelhaft fest, dafs die Regierung damals die ihr angebotene gesetzliche Ermächtigung ohne weiteres als überflüssig ablehnte.

[7] Ausdrücklich bestätigt in Reichs-Post-Ges. v. 28. Okt. 1871 § 17. Nach l. 14 § 1 D. 8, 6 würde eine gleiche Befugnis auch zu Gunsten des sonstigen auf die Strafse angewiesenen Verkehrs bestehen. Im neueren Rechte wird das vielfach noch besonders anerkannt: Preufs. Feld- u. Forst-Pol.Ges. § 10 Abs. 2; Els.Lothr. Feld-Pol.Stf.Ges. § 29; Franz. Ges. v. 6. Okt. 1791 tit. 2 Art. 41 (Proudhon, dom. publ. I n. 264). Das ist nicht, wie R. Merkel, Koll. rechtm. Interessen S. 51 ausführt, eine Wirkung des Notstandsrechts der Einzelnen, — weshalb wirkte es dann nicht im Falle eines Privatweges? — sondern es ist die öffentliche Verkehrsanstalt allein, die darin wieder das Nachbareigentum für ihre Zwecke in Anspruch nimmt; vgl. auch unten Note 18.

[8] Die Reichstagsverhandlungen zum Ges. v. 13. Febr. 1875 über die Friedensleistungen (ihrem wesentlichen Inhalte nach wiedergegeben von Seydel in Annalen 1875 S. 495 Anm. 1) zeigen sehr unklare Anschauungen von diesem Anwendungsfall unseres Rechtsinstitutes und von seinem Verhältnisse zum Gesetz. Der Entwurf hatte ausdrücklich bestimmen wollen, dafs Privatgrundstücke zu Truppenübungszwecken benutzt werden dürften. Die Kommission hatte diese Bestimmung gestrichen, und namens derselben wurde erklärt, man habe grofse Bedenken dagegen gehabt, „denn dies würde dann nichts weiter sein, als die Konstituierung einer allgemeinen Servitut auf sämtlichen Privatgrundstücken des ganzen Reichs zu Gunsten der Militärbehörde“. Dazu ist zu sagen: eine Servitut wäre das auch durch ausdrückliche gesetzliche Anerkennung nicht geworden; wenigstens verdiente eine Last, welche stillschweigend auf allen Grundstücken liegt und nur wirksam wird an denjenigen, die hie und da einmal thatsächlich in Anspruch genommen werden, den Namen dieses Rechtsinstituts nicht. Oder ist etwa durch § 17 des Reichs-Post-Ges. eine allgemeine Servitut konstituiert worden zu Gunsten der Postbehörde auf sämmtlichen uneingehegten Äckern und Wiesen des Reichsgebietes? Das sind immer, auch wenn gesetzlich normiert, öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen im Gegensatz zu Servituten: es fehlt ihnen die Bestimmtheit der erfafsten Grundstücke, die doch zum Wesen der Servitut gehört. —

Das geht aber noch weiter. Es können absichtliche Veränderungen an dem Grundstücke sich damit verbinden. Die Vorarbeiten zu Strafsen- und Eisenbahnanlagen erfordern aufser dem Beschreiten des Grundstückes auch ein Aufgraben des Bodens, Aufstellen von Vermessungszeichen. Die Landesvermessung übt das Gleiche[9]. Am einschneidendsten sind wieder

---

Aber ob Servitut oder nicht, man war damals im Reichstag darüber einig, dafs auch ohne Gesetz die Grundstücke nach wie vor zu Truppenübungen benutzt werden könnten. Man nannte das ein „thatsächliches Verhältnis", eine „vis major", einen „historisch begründeten Rechtszustand"; es sollte nur nicht als Recht förmlich anerkannnt werden. Unter diesen Umständen ist es nicht richtig zu sagen, das Gesetz habe das Recht der Truppenübungen stillschweigend begründet, weil es gewisse Beschränkungen bezüglich der in Anspruch zu nehmenden Grundstücke aufstellt oder weil es jenes Recht „voraussetzt"; Laband, St.R. II S. 787 Note 8 (3. Aufl. S. 751 Note 7). Vielmehr ist dieses Recht lediglich bestehen geblieben, wie es war; der Reichstag hat Zeugnis dafür abgelegt, dafs es nach allgemeiner Rechtsanschauung besteht und einer gesetzlichen Grundlage nicht bedarf; er hat einfach unser allgemeines Rechtsinstitut darin für anwendbar erkannt. Seine Scheu, das im Gesetze förmlich auszusprechen, war eine ganz überflüssige Empfindsamkeit.

[9] O.Tr. 9. März 1874 (Str. 91 S. 175): Eine Eisenbahngesellschaft läfst behufs Vorarbeiten auf dem Grundstücke des Klägers Löcher bohren und Bäume umhauen; die Besitzstörungsklage wird als unzulässig abgewiesen. Begründet wird dies damit, dafs in der Erteilung der Konzession zum Bahnbau eine „landespolizeiliche Anordnung" liege, gegen deren Folgen nicht im Civilrechtswege vorgegangen werden darf. Also ähnlich wie R.G. 20. Sept. 1882 in dem oben Note 4 erwähnten Falle. Aber Polizeiliches ist auch hier nicht vorhanden; dafs ein anerkanntes öffentliches Unternehmen vorliegt, genügt.

Das Preufs. Enteignungsges. v. 11. Juni 1874 hat jetzt solche Berufungen auf die Polizeigewalt für die wichtigsten Fälle überflüssig gemacht. „Zur Vorbereitung eines die Enteignung rechtfertigenden Unternehmens, sagt § 5, dürfen die nötigen Handlungen auf Privatgrundstücken vorgenommen werden". Das Gesetz verlangt dazu eine Anordnung der Bezirksregierung. Diese Anordnung ist aber nicht etwa ein Verwaltungsakt, der das Grundstück mit der Duldung der Vorarbeiten belastete; sonst würden wir hier eine öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit zu erkennen haben. Sie vertritt nur für den beschränkten Zweck die für die volle Enteignung notwendige königliche Verordnung, die dort das Verfahren einleitet (Eger, Ges. über die Enteignung I S. 73). Sie hat also wie diese wesentlich die Bedeutung einer Feststellung und Anerkennung, dafs ein öffentliches Unternehmen vorliege, welches als solches mit der besonderen Kraft dem Privateigentum gegenüber ausgestattet ist (oben § 33, II). Daher sie auch nicht wie ein Verwaltungsakt dem Besitzer zugestellt wird: „die Gestattung der Vorarbeiten, sagt das Gesetz, wird von der Bezirksregierung im Regierungs-Amtsblatte generell bekannt gemacht". Für besonders schwere Störungen, wie Betreten von Gebäuden und eingefriedigten Hof- und Gartenräumen, Zerstörung von Baulichkeiten, Fällen von Bäumen, genügt diese allgemeine Anerkennung des Unternehmens nicht, es mufs durch besondere

Eingriffe dieser Art, die im militärischen Interesse vorgenommen werden, wenn z. B. im Kriegsfalle die Gebäude und Pflanzungen im Vorlande der Festungswerke der Zerstörung verfallen und sonstige Gewaltmafsregeln an Grundstücken vorgenommen werden, nicht blofs im eigentlichen Rayon, sondern aller Orten, wo es notwendig erscheint[10]. Das geht freilich an einem gewissen Punkte über in den eigentlichen Kriegsschaden, der jenseits des Civil- und Verwaltungsrechts liegt; aber bis dahin erstreckt sich ein weites Feld solcher Einwirkungen, die sich die Prüfung nach diesem Friedensrechte gefallen lassen müssen und die doch rechtmäfsig vorgenommen werden können ohne Rechtstitel.

Selbst dauernde Vorrichtungen müssen ohne weiteres geduldet werden, wenn der Betrieb einer öffentlichen Anstalt, einer öffentlichen Einrichtung sie gerade an dieser Stelle erfordert und eine wesentliche Beeinträchtigung des freien Eigentumsgebrauches damit nicht verbunden ist. Postbriefkasten und Strafsenlaternen werden an den Hausmauern angebracht, auch ohne Einwilligung des Besitzers. Strafsenschilder und Hausnummern zur besseren Ordnung des Strafsenwesens werden unbedenklich an die fremden Gebäude befestigt, Telegraphenträger in die Wände eingelassen; die Telephondrähte, welche neuerdings so zahlreich den Luftraum der Grundstücke durchkreuzen, wären, privatrechtlich aufgefafst, nichts anderes als ständige Eingriffe und Verletzungen des Eigentums. Die Frage nach dem Rechte dazu pflegt kein Bedenken zu machen. Doch müssen wir wissen, wie das juristisch zugeht[11].

Erlaubnisse der Ortspolizeibehörde oder Bezirksregierung mit dieser Kraft ausgestattet werden. Die Verwaltungsbehörden behalten also in dieser Beziehung die Oberleitung in der Hand. Aber auch das sind keine Verwaltungsakte, die das Grundstück belasten. Der Besitzer erhält in allen Fällen nur eine Benachrichtigung von den bevorstehenden Störungen. — Das Rechtsinstitut ist also das alte geblieben mit seiner sogenannten polizeilichen Grundlage, das Gesetz hat seine Eingriffe nur als rechtmäfsige ausdrücklich anerkannt und sie mit schützenden Formen umgeben zu Gunsten der Betroffenen.

[10] Rayonges. v. 21. Dez. 1871 § 44: „Wird im Falle einer Armierung die Freilegung der Festungsrayons von der Kommandantur angeordnet, so u. s. w." Die Zulässigkeit der Anordnung ist als selbstverständlich vorausgesetzt. Niemand wird zweifeln, dafs der Kommandant im Armierungsfalle Zerstörungen von Gebäuden und Pflanzungen auch über den Rayon hinaus durchführen lassen kann. Die Zerstörungen im Rayon sind vom Gesetz nur ausgezeichnet durch die Ordnung des Entschädigungsverfahrens; über eine andere Besonderheit vgl. unten Note 14.

[11] O.V.G. 11. Jan. 1879 behandelt einen Fall, wo die Gemeinde eine öffentliche Laterne auf Privateigentum gesetzt hat. Die Klage wird angesehen als gegen eine „polizeiliche Verfügung" gerichtet. Damit ist bekanntlich gesagt, dafs die

Endlich gehört hierher eine Erscheinung, auf welche wir bereits hinzuweisen hatten: es kann der ganze Besitz eines Grundstückes dem rechtmäfsigen Eigentümer einstweilen vorenthalten werden, wenn die Herausgabe nur möglich wäre unter Unterbrechung und Störung des Betriebes einer bestehenden öffentlichen Einrichtung. Darauf beruht die Selbständigkeit des Besitzes der öffentlichen Sache; sie vermag sich in ihrem Bestand zu behaupten selbst gegenüber der im Rechtswege erstrittenen Anerkennung des freien fremden Eigentums: das erstrittene Stück Strafse, Eisenbahnkörper, Festungswerk wird keineswegs unbedingt und ohne weiteres herausgegeben. Nur von einem ganz einseitigen civilistischen Parteistandpunkte aus wird man das so auffassen, als handle eben die Verwaltung hier einfach rechtswidrig und lehne sich auf gegen die höhere Autorität der Justiz. In Wahrheit offenbart sich hier wieder nur eine rechtliche Schwäche des Eigentums, vermöge deren es den von selbst sich ergebenden Notwendigkeiten der öffentlichen Verwaltung, mit denen es zusammenstöfst, weichen mufs[12].

Geltendmachung des Eigentums durch Klage auf Wegräumung ausgeschlossen ist. Hier hatte die Gemeinde allerdings eine Forderung der staatlichen Behörde hinter sich, wonach sie eine Laterne dort aufstellen sollte. Es ist aber klar, dafs diese, wenn überhaupt eine polizeiliche Verfügung, keine solche gegen den Grundeigentümer war. Übrigens wird derartigen Mafsregeln die „polizeiliche“ Unantastbarkeit auch zugestanden, wenn gar kein Beschlufs einer Behörde dahinter steht: C.C.H. 13. Okt. 1860 (J.M.Bl. 1861 S. 269): „Mag auch ein förmlicher Beschlufs über die Pflasterung der Strafse nicht gefafst, ausgefertigt und dem Kläger bekannt gemacht worden sein, so ist die auf Pflasterung der Strafse gerichtete Anordnung doch zweifellos als polizeiliche Verfügung anzusehen;“ deshalb war die Eigentumsklage auf Beseitigung dieser störenden „Verfügung“ unzulässig.

[12] Was wir aber in der Lehre vom öffentlichen Eigentum (§ 36, II n. 3) ausführten über die Schranken der Geltendmachung des Privateigentums gegenüber der öffentlichen Sache, erhält hier seinen allgemeinen Zusammenhang. Die Selbstbehauptung der Verwaltung im Besitz einer solchen Sache, auch wenn das freie Privateigentum eines Dritten im Civilprozesse gegen sie erstritten ist, gehört zu ihrer rechtmäfsigen Zuständigkeit. Wie oben § 36 Note 24 bereits bemerkt, findet dieser Grundsatz seinen Ausdruck vor allem in der Form, dafs den Civilgerichten die Zuständigkeit abgesprochen wird, die Herausgabe der Sache gegen die Verwaltung anzuordnen und zu erzwingen; nur Entschädigung kann zuerkannt werden. Begründet wird das wieder mit der Berufung auf die Machtvollkommenheiten der Polizei, was hier nicht so unrichtig ist, insofern die Polizei der öffentlichen Sache wirklich ins Spiel kommt (oben § 36 S. 93). Aus der Rechtsprechung heben wir folgende Entscheidungen hervor: O.Tr. 11. April 1860 (Str. 37 S. 160); 12. Okt. 1863 (Str. 52 S. 20); 3. Febr. 1871 (Str. 81 S. 110); 12. Juli 1875 (Str. 95 S. 63). O.V.G. 13. Febr. 1877 (Samml. II S. 236). C.C.H. 13. Okt. 1873 (J.M.Bl. 1874 S. 39). O.Tr. Stuttgart 21. Febr. 1872 (Seuff. Arch. XXVIII n. 247). Vor allem

II. Die rechtliche Macht, die in allen diesen Dingen auf seiten der Verwaltung erscheint, ist nun näher zu betrachten.

1. Es handelt sich nicht um ein Recht an dem betreffenden Grundstück, welches dem Staate zustände, sondern um eine allgemeine rechtliche Eigenschaft aller Grundstücke. Es giebt deshalb auch keinen Punkt, der als Entstehung oder Endigung eines solchen Rechtes bezeichnet werden könnte. Es giebt blofs thatsächliche Anlässe, welche diese Eigenschaft im Einzelfall und an dem einzelnen Grundstücke wirksam werden lassen und ein Aufhören dieser Wirksamkeit mit dem Wegfallen jenes Grundes.

Diese Eigenschaft hängt den Grundstücken an auch ohne Gesetz; oder wie wir sagen mögen: die Geltendmachung der Eigentumsbeschränkung bedarf keiner gesetzlichen Grundlage. Das Eigentum ist in unserem Staats- und Rechtswesen von vornherein nur anerkannt mit der Bestimmung, in gewissem Mafse den Rücksichten der ungehemmten Verwaltungsthätigkeit weichen zu müssen; die darin begriffenen Einwirkungen sind dafür angesehen, dafs sie nicht unter die Vorbehalte des Gesetzes fallen, die verfassungsrechtlich zu Gunsten des Eigentums der Unterthanen gemacht sind (Bd. I § 6, I n. 2). Die vollziehende Gewalt wirkt dann frei und die verhältnismäfsige Wehrlosigkeit des Grundstückes ist von selbst gegeben durch die Ungleichheit der beteiligten Rechtssubjekte, des Rechtssubjektes, dem es angehört, und des anderen, dessen Unternehmungen daran stofsen[13].

---

sind in diesem Sinne zahlreiche Entscheidungen des Bayr. Ob.G.H. ergangen, gegen welche Luthardt in Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 366 ff. zu Gunsten einer Erweiterung der Zuständigkeit der Civilgerichte lebhaft ankämpft. Später scheint die Rechtsprechung schwankend geworden zu sein; Ob.G.H. 25. Juni 1872 und 17. Dez. 1872 (Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 126 ff.). Aber auch hier wird noch anerkannt: die Verwaltungsbehörde könne in dieser Beziehung (wegen Zurückhaltung eines als öffentlicher Weg benutzten Grundstückes) provisorische Verfügungen im öffentlichen Interesse treffen. Das brauchen keine förmlichen Verwaltungsakte zu sein; das Gericht hat jedenfalls nicht über sie zu urteilen. Mehr als mit solchen „vorläufigen“ Zurückbehaltungen geschehen kann, will aber auch unser Rechtsinstitut nicht bedeuten.

[13] Deshalb sind gesetzliche Ordnungen nur bedeutsam zur Ergänzung, Erläuterung, Begrenzung des Eingriffes; vgl. oben Note 7—10. — Nicht der überwiegende Wert des kollidierenden Interesses macht den Vorgang zulässig, wie das wohl als Notstandsrecht zwischen Privaten gelten möchte (R. Merkel, Koll. rechtm. Interessen S. 56); die Wertverschiedenheit der Rechtssubjekte ist im öffentlichen Rechte das Erste und Ausschlaggebende; es kommt blofs darauf an, dafs ihr gegenüber den Schutzvorschriften der Verfassung Raum geschaffen ist, zu wirken.

2. Das Eigentum ist jedoch deshalb keineswegs schutzlos gegenüber jedem Eingriff, der namens des Staates oder eines gleichwertigen Gemeinwesens vorgenommen werden könnte. Nach verschiedenen Seiten hin sind dem Umfange der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung Grenzen gesetzt.

Vor allem mufs es sich handeln um eine Einrichtung, die von der öffentlichen Verwaltung ausgeht. Nicht gedeckt durch unser Rechtsinstitut sind Störungen, welche dem Eigentum verursacht werden mögen von privatwirtschaftlichen Unternehmungen des Fiskus (Bd. I § 11, III n. 1). Ebensowenig Eingriffe, welche etwa ein Beamter unter Mifsbrauch seiner Stellung in anderem Interesse, insbesondere im eignen, nicht in gutgläubiger Führung der Geschäfte der Verwaltung vornehmen könnte, wo er also, wie wir oben Bd. I S. 228 sagten, aus dem Kreise des öffentlichen Unternehmens ganz heraustritt.

Aber auch die öffentliche Verwaltung kann den Eigentümer und sein Gut nur soweit in Anspruch nehmen, als ihre freie Bewegung dadurch nicht gehemmt sein darf; nur soweit wirkt das mafsgebende Grundverhältnis von selbst als Beschränkung. Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung geht nie über die Forderung eines Duldens hinaus. Alle Anforderungen an ein weiteres persönliches Verhalten des Eigentümers, an sein Handeln und Leisten, bedürfen einer besonderen Grundlage und fallen aus dem Bereiche unseres Rechtsinstitutes heraus[14].

Dazu kommen dann noch die bedeutsamen und leicht erkennbaren Schranken, welche das Eingreifen der Gesetzgebung an so vielen Stellen der Geltendmachung des Übergewichts der öffentlichen Verwaltung gezogen hat. Überall, wo jene einen Eingriff aus-

[14] Das Reichs-Rayonges. v. 21. Dez. 1871 giebt in § 43 dem Festungskommandanten im Armierungsfalle das Recht, von den Grundbesitzern im Rayon die Wegschaffung von Gebäuden, Pflanzungen, Vorräten zu verlangen; dieselben sind verpflichtet, seiner Aufforderung nachzukommen und werden nötigenfalls „durch administrative Zwangsmafsregeln dazu angehalten“. Das ist keine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung, wie die in der Zulässigkeit von Zerstörungen im Festungsvorlande sich offenbarenden; es handelt sich um eine persönliche Verpflichtung, welche auferlegt wird nach dem Mafsstabe des Besitzes, ähnlich dem Polizeibefehl. Eben deshalb ist es auch keine Grunddienstbarkeit, insbesondere nicht eine Folge der Rayonservitut. Es ist vielmehr hier ein drittes Rechtsinstitut mit der Rayoneinrichtung verbunden: eine Kriegsleistung ist in Frage, welche unter den Begriff der unten § 47 zu erörternden öffentlichen Lasten fällt. Damit hängt auch schon die Form zusammen, in der sie wirksam gemacht wird: öffentlich bekannt gemachte Aufforderung genügt.

drücklich ordnet, seine Voraussetzungen und Formen bestimmt, ist ausgeschlossen, dafs das Gleiche aufserdem noch von selbst kraft des allgemeinen Grundverhältnisses rechtmäfsig geschehen könne. Das gilt nicht nur dann, wenn geradezu die Eigentumsbeschränkung als solche ihr Gegenstand geworden ist. Auch die Rechtssätze über Eigentumsentziehung und Auferlegung von Grunddienstbarkeiten des öffentlichen Rechts werden wirksam: thatsächlich gleichwertige Eingriffe sind daran gebunden und sind Unrecht, wenn sie anders als gemäfs der gesetzlichen Vorschrift geschehen [15].

Die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung trägt überdies noch ein gewisses Mafs in sich selbst. Es ist in der Grundidee gegeben, auf der sie beruht. Das Eigentum ist nur wehrlos, soweit der öffentlichen Verwaltung geholfen werden kann, ohne es selbst wesentlich zu beeinträchtigen. Eine wesentliche Beeinträchtigung würde meist schon unter einen der vom Gesetze besonders geordneten Eingriffe fallen, wenn nicht der Form, so doch der Sache nach, und deshalb auf Grund unseres allgemeinen Rechtsinstitutes nicht mehr zulässig sein. Aber auch ohne das ist die Heiligkeit des Eigentums für unser Recht ein ebenso wichtiger Grundsatz, wie das Überwiegen der Erscheinungen der öffentlichen Gewalt. Unser ganzes Rechtsinstitut beruht auf einem notwendigen Kompromifs zwischen beiden. Nur verhältnismäfsig, nur in geringfügigeren Dingen, nur zeitweilig, mit Rücksicht auch auf das Mafs des Bedürfnisses, hat das Eigentum zurückzuweichen. Wo die danach zu ziehende Grenze läuft, das ist allerdings Sache der Anschauung. Aber nicht die Anschauung des urteilenden Subjektes, nicht der Gelehrte oder Praktiker bestimmt frei, was ihm gerechtfertigt dünkt, sondern das Gemeinbewufstsein bestimmt darüber, wie es in Übung und Herkommen erscheint. Das ist dann Rechtens. Gewohnheitsrecht dürfen wir das wohl kaum nennen. Gegenüber neu auftauchenden Verwaltungsthätigkeiten und entsprechenden Bedürfnissen bildet sich oft sofort, ohne durch Zeitablauf gerechtfertigt zu sein, eine feste Anschauung von dem, was sich gehört. Meist geschieht es in Anlehnung an verwandte Erscheinungen, die bisher schon in bestimmter Weise behandelt wurden. Eine Zeit des Schwankens kann sich möglicherweise dazwischen schieben; dann streiten die Schriftsteller und geben die Gerichte widersprechende Urteile. Aber das kann gesagt werden, dafs der Zug der Zeit eher

---

[15] Das ergiebt sich aus der rechtlichen Natur der vollziehenden Gewalt; Bd. I S. 85.

dahin geht, das Mafs der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen mehr und mehr auszudehnen[16].

3. Die Art, wie die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung im Einzelfalle zur Wirksamkeit gelangt, hat keine eigne juristische Form. Insbesondere erhält sie nicht, wie die auferlegte öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeit (oben § 32, II), jedesmal erst ihre rechtliche Bestimmtheit durch einen Verwaltungsakt, der das weitere Vorgehen einzuleiten hätte. Die Verwirklichung des Rechtsinstituts vollzieht sich schlechthin durch die unmittelbare That, oder besser gesagt, da eine Willensthätigkeit nicht notwendig dazu gehört, durch die einfache äufserliche Thatsache, dafs aus dem Getriebe der öffentlichen Verwaltung heraus eine Einwirkung auf das Grundstück im Rahmen der Eigentumsbeschränkung vor sich geht. Das kann ein absichtliches Handeln sein; möglicherweise geschieht der Eingriff planmäfsig: die Plätze für die Strafsenlaternen, für die Strafsenschilder, für die Postbriefkasten werden sorgfältig ausgesucht. Er kann auch blindlings treffen wollen, was er gerade trifft: die attackierende Schwadron im Manöver rast ohne Wahl über die Äcker hinweg. Die Einwirkung kann geradezu gegen die Absicht der für den Staat handelnden Personen vor sich gehen: die verirrten Kugeln

[16] Meili, Die Telegraphie und Telephonie in ihrer rechtlichen Bedeutung für die kaufmännische Welt S. 32 ff., hat sehr gut darauf hingewiesen, wie gerade diese von ihm besprochenen Einrichtungen dahin führten, gewisse Grenzen des Eigentums hervortreten zu lassen. Von dem „Recht der Luftschiffahrt“ erwartet er demnächst eine weitere Entfaltung dieses Gedankens. Wenn er meint, es werde damit „die sociale Bedeutung des Eigentums“ betont, so glauben wir die leitende Rechtsidee bestimmter zum Ausdruck gebracht zu haben, indem wir sie gründen auf das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Verwaltung. Meili legt auch den Hauptwert auf eine räumliche Begrenzung der Kraft des Eigentums, vermöge deren es der im Luftraum darüber gespannten Telephondrahtnetze und der in den Untergrund gelegten Kabel sich nicht erwehren kann. Uns handelt es sich um eine allgemeine Widerstandsunfähigkeit gegen äufserliche Beeinträchtigungen durch die öffentliche Verwaltung; jenes Darüber und Darunter giebt blofs Beispiele von solchen.

Die Entwicklung vollzieht sich natürlich immer am leichtesten, wenn die neu auftauchende Inanspruchnahme anknüpfen kann an eine verwandte, die schon vorausging. So haben die alten Kästen zum Herabdrehen der Öllampen, die an den Häusermauern angebracht waren, den Gaslaternenarmen den Weg bereitet: der spärliche Telegraphendraht hat das Grundeigentum darauf vorbereitet, duldsam zu werden für die Netze des Telephons. Die bescheidene Porzellanscheibe für den ersteren fand leicht ihren unbestrittenen Platz an den Häuserecken und Vorsprüngen; das schwere Telephonkreuz, das die Verwaltung auf die Dächer setzen läfst, ist seiner Berechtigung nach nicht sicher; es wird aber zweifellos folgen, auch ohne Gesetz.

des Schiefsplatzes, das aufgestaute Wasser am Strafsendamme, das Sickerwasser des Kanals sind gleichwohl Einwirkungen aus der öffentlichen Verwaltung heraus, welche die öffentliche Eigentumsbeschränkung wirksam werden lassen. Auch in einem blofsen Beharren und Nichtthun kann diese erscheinen: die irrtümliche Inbesitznahme eines Grundstückes, um es zur Strafse, zum Festungswerk zu verwenden, macht nicht die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung aus; zu solchem Vorgehen giebt diese überhaupt keine Grundlage; erst in der Verweigerung der Herausgabe nach festgestelltem Rechte des Dritten kommt sie zur Geltung.

4. Die rechtliche Bedeutung der Eigentumsbeschränkung ist dadurch noch nicht erschöpfend wiedergegeben, dafs wir nur eine Klage wegen verletzten Eigentums oder Sachbesitzes verweigern. Auch die rechtmäfsige Selbstverteidigung des angegriffenen Eigentums durch thatsächliche Verhinderung der Störung ist dadurch ausgeschlossen. In welchem Mafse, dafür ergiebt sich das Genauere nur aus der Grundidee, auf welcher die Eigentumsbeschränkung beruht: die freie Bewegung der öffentlichen Verwaltung darf durch die Rücksicht auf das dabei berührte fremde Eigentum nicht gehemmt werden. Der Eigentümer kann also zum Schutze seines Eigentums keine Handlungen vornehmen und Einrichtungen treffen, welche dem Zwecke der Eigentumsbeschränkung zuwider diese Wirkung hätten. Die Hindernisse, die er auf solche Weise bereiten möchte, werden mit unmittelbarem Zwang durch das Personal des beteiligten Verwaltungszweiges beiseite geschoben; Gewalt, die er dabei an Personen übt, ist strafbar, ebenso die Sachbeschädigung, die er durch Beseitigung der an seinem Eigentum angebrachten Vorrichtungen begehen könnte. Wohl aber sind zulässig alle Vorkehrungen, durch welche er sein Grundstück gegen den Eingriff schützen kann, ohne dadurch der Verwaltung ein Hemmnis zu bereiten: er mag eine Mauer aufführen, um die überfliegenden Kugeln abzuhalten, einen Graben ziehen, um das Sickerwasser des Kanals wegzulenken. Es handelt sich für die Verwaltung nicht um ein Recht, auf sein Grundstück in der bestimmten Weise einzuwirken, sondern, wie überall, nur darum, dafs für sie aus seinem Rechte am Grundstück und aus der Verteidigung desselben kein Hemmnis ihrer eignen Thätigkeit erwachse, und das ist hier nicht der Fall.

III. Der betroffene Grundeigentümer ist dieser Machtentwicklung der öffentlichen Verwaltung gegenüber schlechthin der leidende Teil. Rechte und Zuständigkeiten können nur in nebensächlicher Weise

auf seiner Seite in Betracht kommen. Nach zwei Richtungen hin ist das der Fall:

1. Er kann gegen die Störung selbst anzugehen suchen. Dabei wird zu unterscheiden sein, je nach dem Standpunkte, den er dabei einnimmt.

Erkennt er an, dafs die Einwirkung, die er erfährt, noch innerhalb des Rahmens der bestehenden öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung liegt, so ist es ihm gleichwohl unbenommen, mit Vorstellungen und Beschwerden bei den leitenden Behörden eine Abhülfe zu suchen. Soweit es möglich ist, ohne Unzuträglichkeiten für den Gang der Verwaltung, und namentlich ohne schwerere Belastung Andrer, ihm zu willfahren, wird man es gerne thun, namentlich mit Rücksicht auf die sogleich (n. 2) noch zu besprechende Folge. Es handelt sich oft nur darum, dafs die Behörde darauf aufmerksam gemacht wird, wie es anders besser eingerichtet werden könnte. Das ist natürlich keine Rechtsfrage und eigentliche Rechtsschutzmittel werden dem Eigentümer dafür nicht gegeben sein.

Bedeutsamer ist der andere Fall, wo er bestreitet, dafs die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung den Eingriff, den er erfährt, begreife und rechtlich decke. Das Nächstliegende wird dann sein, dafs er an das Civilgericht sich wendet mit einer Klage auf Anerkennung und Schutz seines Eigentums. Ob die öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung für den Eingriff wirklich bestand oder nicht, wäre eine Vorfrage, die als solche die Zuständigkeit des Gerichtes unbeeinträchtigt liefse (Bd. I § 16 S. 217).

Allein da ist doch noch genauer zuzusehen.

Eine civilgerichtliche Klage ist zweifellos zulässig, wenn der Eingriff ausgeht von einer privatwirtschaftlichen Unternehmung des Fiskus oder von einem Beamten oder sonstigen Diener des Staates, der ganz aufserhalb des Kreises seiner allgemeinen Amtsobliegenheiten und staatlichen Aufträge handelt (oben S. 188). Sie wird sich je nachdem gegen den Staat selbst richten, der dann Fiskus auch ist vor dem Gericht (Bd. I § 16 S. 211), oder gegen den Thäter persönlich (Bd. I § 17 S. 226).

Ganz anders steht die Sache, wenn es wirklich die öffentliche Verwaltung ist, aus der der Eingriff hervorgeht und gegen welche der Kläger sich wendet. Da kommt es darauf an, den wahren Gegenstand der Klage festzuhalten. Der ist nicht die Anerkennung und der Schutz des Eigentums, sondern die Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung. Der öffentlichrechtliche Punkt ist nur zum Schein Vor-

frage, in Wahrheit Hauptfrage. Eine Mafsregel der Verwaltung soll durch das Gericht auf ihre Rechtmäfsigkeit nachgeprüft, oder eine neue Mafsregel derselben erzwungen werden. Es ist der in Bd. I S. 219 besprochene Fall. Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit liegt nicht vor. Die Zuständigkeit der Gerichte ist nicht selbstverständlich. Das Gesetz kann sie auch hier zu einer solchen berufen; aber thatsächlich pflegen derartige Bestimmungen nicht gegeben zu sein[17].

Es kommt also darauf an, inwieweit sonst hier die Gesetzgebung Rechtsschutzmittel gewährt zur Anfechtung und Erwirkung von Verwaltungshandlungen, förmliche Beschwerde oder Verwaltungsklage; thatsächlich ist auch das nicht der Brauch. Die Folge davon ist, dafs gegenüber der öffentlichen Verwaltung auch die Abwehr einer unberechtigten Geltendmachung öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkung auf den Weg der Vorstellungen und einfachen Beschwerden verwiesen ist.

2. Das wichtigste Recht des betroffenen Grundeigentümers und zugleich ein wahres subjektives öffentliches Recht ist der Anspruch auf Entschädigung. Dieser kann durch die Gesetzgebung für besondere Arten öffentlichrechtlicher Eigentumsbeschränkungen besonders geregelt sein. Soweit nichts bestimmt ist, folgt er einfach den Regeln des unter § 53 und 54 noch zu erörternden allgemeinen Rechtsinstituts[18].

---

[17] Eger, Ges. über die Enteignung I S. 84: „dem Gericht kann eine Entscheidung darüber, ob eine Überschreitung vorliege, nicht zustehen, denn andernfalls würde den Gerichten gewissermafsen die Befugnis von Interpretativ- oder Kontroll-Organen der betreffenden administrativen Anordnungen zugewiesen sein, wozu die Gerichte weder die Qualifikation noch — nach der Absicht des Gesetzes — die Kompetenz besitzen.“ Eger hat hier den Fall der Gestattung von Vorarbeiten nach Preufs. Enteignungsges. § 5 im Auge. Diese „Anordnung“ hat nur die Bedeutung einer Anerkennung und Leitung des öffentlichen Unternehmens (oben Note 9); die Sache steht, was die Zuständigkeitsfrage anlangt, gerade so, wenn ohne alle Anordnung die thatsächliche Einwirkung des öffentlichen Unternehmens auf das Grundstück stattfindet. Immer handelt es sich darum, dafs das Gericht der Verwaltung vorschreibe, was sie auf ihrem eignen, nicht dem Civilrecht bereits unterworfenen Gebiete hätte thun sollen oder künftig thun solle, und das ist eben keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit mehr.

[18] So erklärt sich, was unter dem so häufig verwendeten Gesichtspunkte der civilrechtlichen Schadensersatzpflicht quasi ex delicto nie erklärbar wird: dafs die Schädiger selbst, die Soldaten, Telegraphenarbeiter, Kriminalbeamten u. s. w. nicht haften, sondern einzig das Gemeinwesen, dem das Unternehmen gehört, aus dem

heraus sie den Schaden verursacht haben. Auch wenn bei Ungangbarkeit der öffentlichen Strafsen die Fufsgänger und Wagenführer das anstofsende Grundstück benützen (oben Note 7), haften wiederum nicht sie, sondern die Herren der Strafsen. Die Haftung der ersteren ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil sie selbst ein Recht hätten wegen Notstandes (R. Merkel, Koll. rechtm. Interessen S. 52), sondern dadurch, dafs für die Zwecke der Strafse das Nachbargelände so in Anspruch genommen werden darf und deshalb jene Personen bei ihren Übergriffen gedeckt sind durch das Recht der öffentlichen Verwaltung. Diese aber entschädigt für das besondere Opfer, das sie auf solche Weise zumutet.

Zweiter Abschnitt.

Das Recht der besonderen Schuldverhältnisse.

---

§ 42.

Die öffentliche Dienstpflicht; rechtliche Natur und Arten.

Die öffentliche Dienstpflicht ist die öffentlichrechtliche Pflicht eines Unterthanen, mit persönlicher Hingabe dem Staat eine bestimmte Art von Thätigkeit zu leisten.

I. Besondere öffentlichrechtliche Verpflichtungen von Unterthanen zur Leistung bestimmter Thätigkeiten können auch sonst noch in mancherlei Weise begründet werden. Die Lehre von den öffentlichen Lasten wird Beispiele bringen. Das eigentümliche Merkmal, welches die öffentliche Dienstpflicht vor allen ähnlichen Leistungspflichten auszeichnet, ist die besondere Kraft, mit welcher hier die Person erfafst wird, die persönliche Hingabe und Treue, welche sie von dem Verpflichteten fordert[1].

In erster Linie ist diese Forderung sittlicher Natur und geht als solche überall über das reine Rechtsverhältnis hinaus[2]. Zu recht-

---

[1] Eine solche Treuepflicht ist auch bei civilrechtlichen Dienstverhältnissen denkbar. Von diesen unterscheidet sich die öffentliche Dienstpflicht durch die öffentlichrechtliche Form; die Treuepflicht dient nur zur Ausscheidung gegenüber ähnlichen öffentlichrechtlichen Leistungspflichten.

[2] Das wird namentlich insofern von grofser Bedeutung, als die Treue nicht blofs dem abstrakten Gemeinwesen geschuldet ist, dem gegenüber die Dienstpflicht besteht, sondern zugleich den lebendigen Menschen, die es vertreten, vor allem beim Staatsdienst dem Fürsten persönlich: A.L.R. II, 10 §§ 2 u. 3.

licher Bedeutung kommt sie erst in zweiter Linie[3]. Einmal nämlich in der besonderen Art, wie die Erfüllung der Dienstpflicht überwacht und erzwungen wird; davon unten § 45. Sodann aber giebt sie derselben von vornherein gewisse allgemeine rechtliche Merkmale an Bedingungen und Zuthaten. Das sind die folgenden.

1. Die öffentliche Dienstpflicht kann nur einem Staatsangehörigen obliegen. Das Verwaltungsrecht ist, wie wir gesehen haben, grundsätzlich gleichgültig gegen die Staatsangehörigkeit: die Polizeigewalt, die Finanzgewalt, das öffentliche Sachenrecht nehmen als den Unterthanen, der der öffentlichen Gewalt gegenüber steht, schlechthin den Menschen im Staate; die besondere Hingabe und Treue aber, die hier verlangt wird, kann nur bei einem Angehörigen der Gemeinschaft vorausgesetzt werden, für welche der Dienst zu leisten ist. Handelt es sich um Dienste für ein untergeordnetes Gemeinwesen, Kreis, Gemeinde u. s. w., so wird unter Umständen auch noch die Zugehörigkeit an dieses gefordert.

Dafs diese Voraussetzung der Zugehörigkeit gegeben sei, wird dadurch gesichert, dafs die Begründung des Dienstverhältnisses bedingt ist durch ihr Vorhandensein. Möglicherweise auch, wie bei der Anstellung im Staatsdienste, umgekehrt dadurch, dafs die Begründung des Dienstverhältnisses von selbst die staatsrechtliche Zugehörigkeit des Dienstpflichtigen begründet[4]. So innig ist der Zusammenhang.

2. Die Fälle der öffentlichen Dienstpflicht weisen durchweg einen von dem Verpflichteten abzulegenden Diensteid auf, der mit dem Beginn der Thätigkeit sich verbindet. Dieser Eid ist verschieden formuliert, enthält aber im wesentlichen übereinstimmend das Versprechen, die dem Schwörenden obliegende Pflicht getreulich zu erfüllen. Der Eid dient dazu, das rechtlich nicht vollkommen greifbare sittliche Element der Pflicht zu verstärken durch einen Anruf des Gewissens. Mit der Forderung dieses Eides hebt das Gesetz die besondere Natur der öffentlichen Dienstpflicht kräftig hervor. Auf diese allein, und nicht auf den Gegenstand der Dienstleistung kommt es an. Militärfuhren z. B. können ebenso gut auf Grund einer Requisition

---

[3] Es ist ebenso unrichtig, die Treuepflicht bei Aufzählung der Pflichten des Staatsdieners eine besondere Rubrik bilden zu lassen (Bluntschli, Staatswörterbuch IX S. 693; v. Rönne, Preufs. St.R. III S. 473; Laband, St.R. I S. 438, 3. Aufl. S. 417), als ihr jede juristische Bedeutung abzusprechen (G. Meyer in Annalen 1880 S. 345; ähnlich Rehm in Annalen 1885, S. 86: Seydel, Bayr. St.R. III S. 387 u. Anm. 4).

[4] Reichsges. v. 1. Juli 1870 § 9 Abs. 1.

geleistet werden müssen, als auf Grund einer öffentlichen Dienstpflicht. Im ersteren Falle wird niemals ein Eid gefordert werden, die rechtlichen Zwangsmittel erscheinen als genügend. Die öffentliche Dienstpflicht des Beamten, des Soldaten soll aber mehr verlangen, als auch vom Mietling erzwungen werden kann. Daher der Eid[5].

3. Damit hängt zusammen die Unübertragbarkeit des öffentlichen Dienstverhältnisses. Nicht einmal in solutione ist eine solche Übertragung möglich. Bei der Requisition, den Fronden und sonstigen persönlichen Leistungen kommt es immer nur darauf an, dafs das bestimmte Ergebnis erreicht werde; ob der Verpflichtete die geforderten Thätigkeiten selbst leistet oder durch einen andern leisten läfst, ist gleichgültig. Die öffentliche Dienstpflicht dagegen ist höchstpersönlich; wegen ihrer sittlichen Natur wird sie eine andere, wenn sie ein anderer erfüllen soll. Deshalb giebt es hier keine Erfüllung durch Stellvertreter und keine Schuldübernahme. Es giebt Stellvertretung im Amte durch einen anderen Pflichtigen, es giebt Entbindung von der Pflicht und Annahme eines neuen Schuldners; aber jeder erfüllt immer nur die ihm selbst obliegende Pflicht, nie die eines andern.

Die Unübertragbarkeit besteht aber auch auf der andern Seite, auf seiten des Gläubigers: nur einem öffentlichen Gemeinwesen gegenüber ist das besondere sittliche Verhältnis denkbar, welches mit der öffentlichen Dienstpflicht gemeint ist. An Stelle des Staates kann die Provinz, der Kreis, die Gemeinde das berechtigte Subjekt sein; aber im Gegensatz zu dem, was wir im öffentlichen Sachenrechte gesehen haben, kann hier niemals ein beliehener Unternehmer an Stelle des Staates treten: Enteignungsrecht wird verliehen, öffentliches Eigentum, öffentlichrechtliche Grunddienstbarkeiten und Eigentumsbeschränkungen können von einem Privat-Unternehmer besessen und geltend gemacht werden, niemals aber die öffentlichrechtliche Dienstgewalt.

II. Die Dienstpflicht hat regelmäfsig auch eine äufsere Seite, vermöge deren der Dienstherr durch den Dienstpflichtigen Dritten gegenüber wirkt. Diese äufsere Seite wird rechtlich bedeutsam auch für das innere Verhältnis, das uns zunächst angeht. Ein derartiger Zusammenhang findet sich nicht blofs bei allen Arten der öffentlichrechtlichen Dienstpflicht, sondern er ist auch schon vorgebildet bei der civilrechtlichen.

---

[5] v. Rönne, Preufs. St.R. III S. 314; Schulze, D.St.R. I S. 327.

Jeder civilrechtliche Dienstvertrag läuft darauf hinaus, daſs der Pflichtige durch seine Leistungen Geschäfte des Dienstherrn besorgen soll. Die Bezeichnung dieser Geschäfte ist ein Auftrag, der sich mit der Dienstpflicht verbinden muſs, um sie in Thätigkeit zu setzen. Er kann in der Begründung der Dienstpflicht selbst schon enthalten sein oder nachher dazu kommen. Der Auftrag bestimmt aber nicht nur den genaueren Inhalt der Pflicht, sondern überweist auch zugleich dem Dienstpflichtigen die Geschäfte, die ihm anvertraut sein sollen, damit er sie für den Dienstherrn besorge, diesen darin vertrete; denn sachlich bleiben sie dessen Geschäfte. Daſs der Dienstpflichtige dadurch nach auſsen an der Stelle des Dienstherrn erscheint, ist die äuſsere Seite des Auftrags, die Vertretung. Es brauchen nicht notwendig Rechtsgeschäfte zu sein, welche für den Dienstherrn besorgt werden sollen; auch bloſs thatsächliche Verrichtungen für den andern stellen eine Vertretung für ihn vor in diesem weiten Sinne. Ist der Auftrag auf Vornahme von Rechtsgeschäften gerichtet, so bezeichnen wir die damit begründete Vertretungsfähigkeit als Vollmacht.

In gleicher Weise verbindet sich auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts mit der Dienstpflicht die Überweisung eines Kreises von Geschäften des Dienstherrn, des Staates. Die äuſsere Seite dieses Auftrags, die Macht der Vertretung des Staates in diesem bestimmten Kreis von Geschäften ist das öffentliche Amt. Ist der Auftrag gerichtet auf Vornahme öffentlichrechtlicher Rechtsgeschäfte, d. h. auf bindende Aussprüche über die Unterthanen, auf Ausübung der Befehlsgewalt, wie man zu sagen pflegt, so sprechen wir von einem obrigkeitlichen Amte, mit dem eine Behörde sich bildet (Bd. I § 8 Note 2), und erhalten damit zugleich ein Seitenstück der Vollmacht; das bietet jedoch hier weiter keine Besonderheiten.

Das Verhältnis zwischen Amt und öffentlicher Dienstpflicht ist aber ein anderes, als das zwischen civilrechtlicher Vertretungsmacht und civilrechtlicher Dienstpflicht. Die civilrechtliche Vertretungsmacht kann selbständig für sich betrachtet werden. Welches persönliche Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenen dahinter steht, ist für ihren Begriff gleichgültig; es kann irgend eine andere Art von obligatorischem Verhältnis vorliegen; sie kann auch auf einer einseitigen Gewalt des Machthabers beruhen. Sie wird dadurch nichts wesentlich anderes. Das öffentliche Amt dagegen ist wesentlich gebunden an die öffentliche Dienstpflicht. Das Amt ist ein Kreis von Staatsgeschäften, welche mit öffentlicher Dienstpflicht be-

sorgt werden[6]. Keine anders zusammenhängende Macht zur Führung solcher Geschäfte fällt unter diesen Begriff.

Der Staat, die Gemeinde können durch civilrechtlichen Dienstvertrag sich Kräfte dingen, um öffentliche Geschäfte durch sie besorgen zu lassen: Strafsenarbeiten auszuführen, Dienstgebäude in Ordnung zu halten, Postwagen zu fahren. Alle diese Leute haben kein öffentliches Amt[7]. Neben ihnen stehen andere, die möglicherweise ganz das Nämliche machen und damit ein Amt verwalten, die Beamte sind. Der Unterschied liegt lediglich in der öffentlichen Dienstpflicht, mit welcher die letzteren an ihre Geschäfte gebunden sind kraft einer Anstellung im Staatsdienst.

Der Staat kann sich Arbeitsleistungen auch in öffentlichrechtlicher Form verschaffen und sie zu bestimmten öffentlichen Geschäften verwenden, welche er die Verpflichteten zu besorgen zwingt: sofern die Pflicht, die er auflegt, nicht die besondere Gestalt der öffentlichen Dienstpflicht hat, deshalb auch nicht die derselben eigen-

---

[6] Laband, St.R. I S. 338 (3. Aufl. S. 322), setzt in seiner Begriffsbestimmung des öffentlichen Amtes an Stelle unserer Voraussetzung einer öffentlichrechtlichen Dienstpflicht die Forderung der Abgrenzung durch das öffentliche Recht: „Ein Staatsamt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von staatlichen Geschäften"; ebenso S. 342: „ein Reichsamt ist ein durch Rechtsvorschriften begrenzter Kreis von Geschäften des Reichs". Das ist natürlich nicht so gemeint, dafs das Amt im allgemeinen im Kreise der Rechtsordnung stehe, sonst bedeutete es gar nichts. Auf das Amt selbst bezügliche Rechtsvorschriften sollen ergehen, um den Kreis seiner Geschäfte abzugrenzen und es dadurch zu schaffen. Das trifft aber thatsächlich bei vielen Ämtern nicht zu, kann also nicht begriffswesentlich sein. Es giebt Ämter, die nur vorübergehend bestehen (Laband a. a. O. I S. 409), z. B. eine aufserordentliche diplomatische Mission; der Kreis der Geschäfte wird hier lediglich durch den kaiserlichen Auftrag bestimmt und nicht in Form einer Rechtsvorschrift. Aber auch ständige Ämter erhalten ihre Begrenzung mannigfach nicht durch solche öffentlichrechtliche Rechtssätze, überhaupt nicht durch Rechtssätze. Um gewerbliche Unternehmungen zu betreiben, Museen und Bibliotheken zu verwalten und die dazu nötigen Ämter zu bilden, braucht die Regierung nur Geld, welches allerdings durch das Budgetgesetz ihr beschafft wird — aber das bedeutet doch auch nach Laband keine Abgrenzung durch öffentliches Recht oder Rechtsvorschriften.

[7] Es sind die „kontraktlichen Diener" der preufsischen Rechtssprache; Olshausen, Stf.G.B. II S. 1290; R.G. 24. März 1882 (Samml. VI S. 107); 16. Juni 1882 (Samml. Stf.S. V S. 337); O.V.G. 26. Febr. 1885, 26. Okt. 1885. — Loening, V.R. S. 115, stellt auf, dafs auch Leute mit privatrechtlichem Dienstvertrage Beamte sein können und verweist dafür auf Privatpostgehilfen und Privat-Forstschutzpersonal. Dagegen Laband, St.R. I S. 406 Anm. 2. Wir werden unten § 43, III noch sehen, dafs Loenings Satz richtig ist und unsere im Text gegebene Regel gleichwohl dabei zur Geltung kommt.

tümliche Forderung der persönlichen Hingabe und Treue enthält, entsteht hier kein Amt. Beispiel: die geforderten Hülfeleistungen bei Unglücksfällen, die Requisitionen von Fuhren und Arbeitskräften[8].

Das Verfassungsrecht des Staates, der Gemeinden weist öffentliche Angelegenheiten in gewissem Mafse der Besorgung durch Versammlungen von Staatsbürgern zu, sei es, dafs die Beschlüsse derselben allein entscheidend sind, sei es, dafs sie nur mitwirken: so die Volksvertretungen, Gemeindevertretungen, Gemeindeversammlungen. Die Mitglieder dieser Versammlungen haben kein Amt, weil sie keine Dienstpflicht haben[9]. Vor allem der Fürst selbst besorgt Staatsgeschäfte im weitesten Umfange ohne Amt und ohne Beamter zu sein. Der Präsident der Republik ist Beamter, sofern er durch eine öffentliche Dienstpflicht gebunden ist.

Kein öffentliches Amt ohne öffentliche Dienstpflicht! Wohl aber ist umgekehrt die öffentliche Dienstpflicht denkbar ohne Amt. Das kann auf zweierlei Gründen beruhen.

Es ist möglich, dafs die Entstehung der Dienstpflicht und der Beginn des Amtes Schlag auf Schlag zusammenfallen. Thatsächlich erscheint beides oft durch einen gewissen Zeitraum getrennt. Und zwar, da das Amt ohne Dienstpflicht nicht sein kann, ist es dann immer die Dienstpflicht, die zuerst entsteht und zunächst während einer gewissen Pause allein bleibt, bis das Amt hinzukommt und sie nach aufsen wirksam macht. Das tritt in der deutlichsten Weise hervor beim berufsmäfsigen Staatsdienst. Ebenso kann es sein, dafs das Amt zuerst wieder aufhört und die Dienstpflicht allein läfst.

Der zweite Grund ist der, dafs die den Inhalt der Dienstpflicht bildende Thätigkeit für den Staat nicht notwendig in Besorgung von Geschäften, in einem äufseren Wirksamwerden für den Staat bestehen mufs, das dem Pflichtigen anvertraut wäre. Es kann sein, dafs diese Thätigkeit nur den Zweck hat, eine gewisse Wirkung an dem Verpflichteten selbst hervorzubringen, ihn auszubilden und geeignet zu machen für die künftige Besorgung wirklicher Geschäfte. Dann bleibt die Dienstpflicht, was sie ist; aber ein Amt ist nicht vorhanden. Die gesetzliche Heerdienstpflicht giebt das hervorragendste Beispiel dafür[10]; aber nicht das einzige.

---

[8] Davon unten § 47, II das Nähere.

[9] Olshausen, Stf.G.B. II S. 1293 (n. 14, II b); R.G. 1. Febr. 1883 (Reger III S. 306); vgl. auch über die einzelnen Erscheinungen dieser Vertretungsmacht im Recht der Selbstverwaltungskörper: unten § 58.

[10] Laband in Arch. f. öff. R. III S. 519: „Die Wehrpflicht im Frieden ist eine militärische Schulpflicht“.

Nach all dem werden wir ja daran festhalten, dafs öffentliche Dienstpflicht und öffentliches Amt begrifflich verschiedene Dinge sind. Aber es steht keineswegs so, dafs wir bei der Darstellung unseres Rechtsinstituts von dem öffentlichen Amte absehen könnten. Im Gegenteil, beides ist auf das innigste verflochten. Wie die Dienstpflicht Bedingung des Amtes ist, so wirkt das Amt seinerseits auf die Dienstpflicht zurück: für eine bestimmte Art von Amt wird sie begründet, nach diesem richtet sich die Fähigkeit, dienstpflichtig gemacht zu werden, richtet sich der Inhalt der Dienstpflicht, und mit dem Amte erhält diese erst ihre volle Entfaltung. Wo kein Amt entsteht, vertritt hierin eine andere Art „aktiver“ Dienstpflicht seine Stelle. Die öffentliche Dienstpflicht entwickelt sich demgemäfs durchweg in einer gewissen Stufenfolge von Verpflichtbarkeit, Dienstpflicht, aktiver Dienstpflicht, mit den entsprechenden Stufen abwärts.

III. Nach der Kraft, welche das Rechtsverhältnis erzeugt, teilt man die civilrechtliche Dienstpflicht ein in eine gesetzliche und in eine vertragsmäfsige. Man hat die gleiche Einteilung auf die öffentlichrechtliche Dienstpflicht übertragen; das entspräche den beiden Grundformen, in denen öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse überhaupt entstehen: unmittelbarer Rechtssatz und Verwaltungsakt. Den letzteren Fall mag man als die vertragsmäfsige Begründung bezeichnen; wir werden diesen „Vertrag“ noch genauer betrachten.

Allein auch mit diesem Vorbehalte ist die Einteilung in gesetzliche und vertragsmäfsige Dienstpflicht nicht zu gebrauchen. Die Unterschiede in den Begründungsarten der öffentlichen Dienstpflicht, wie sie in Wirklichkeit erscheinen, decken sich nicht damit.

Denn einerseits die sogenannte gesetzliche Dienstpflicht wird gar nicht unmittelbar durch Gesetz begründet, sondern durch einen das Gesetz zur Anwendung und Wirksamkeit bringenden Verwaltungsakt. Einen solchen finden wir ebenso bei der vertragsmäfsigen Begründung der Dienstpflicht, und auch Gesetzesbestimmungen stehen hier möglicherweise dahinter. Der Unterschied ist nur der, dafs bei der sogenannten gesetzlichen Dienstpflicht die Auferlegung derselben einseitig, d. h. unabhängig von der Zustimmung des Verpflichteten erfolgt, auf Grund einer vom Gesetz dazu erteilten Ermächtigung, die vertragsmäfsige dagegen die Einwilligung des zu Verpflichtenden voraussetzt. Wir werden also jene, statt als gesetzliche, besser als Zwangsdienstpflicht bezeichnen.

Auf der anderen Seite hat die „vertragsmäfsige“ Dienstpflicht nur die Anstellung im Staatsdienst, den sogenannten Staatsdienstvertrag im Auge. Allein damit sind keineswegs alle Fälle der öffentlichen

Dienstpflicht aufser der sogenannten gesetzlichen oder besser Zwangsdienstpflicht erschöpft. Vielmehr liegt daneben noch ein wichtiges Gebiet von Rechtsgestaltungen, die nicht unter die Formen des Staatsdienstvertrages zu bringen sind: es ist das Gebiet des öffentlichen Ehrenamtes. Es ist nicht üblich, den Namen Vertrag auf seine Begründung anzuwenden, obwohl sie ihn gerade so gut oder vielmehr schlecht verdiente, wie der Staatsdienstvertrag. Es bestehen aber auch in der That bedeutsame rechtliche Verschiedenheiten zwischen den beiden Dingen. Wir stellen also neben die Anstellung im Staatsdienst als besonderes Rechtsinstitut die Übertragung des öffentlichen Ehrenamtes[11].

§ 43.

Fortsetzung; Zwangsdienstpflicht und übertragenes Ehrenamt.

Die Anstellung im Staatsdienst ist die allgemeine Form für die Begründung öffentlicher Dienstpflichten jeden Inhalts. Zwangsdienstpflicht und übertragenes Ehrenamt kommen dazwischen nur zur Verwendung in beschränkter Weise für Dienstpflichten bestimmter Art. Den Übergang zur Anstellung im Staatsdienst bildet die eigentümliche Erscheinung einer gemischten Dienstpflicht, die wir im Anhang zum Ehrenamt (unter III) behandeln werden.

I. Die Zwangsdienstpflicht bedeutet eine öffentliche Dienstpflicht, welche obrigkeitlich auferlegt wird ohne Rücksicht auf die Zustimmung des davon betroffenen Unter-

---

[11] In Bl. f. adm. Pr. XXXIII S. 49 wird der Labandschen Darstellung des Staatsdienstpflichtverhältnisses Unvollständigkeit vorgeworfen, insofern darin nur das Berufsamt, nicht die „auf Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht beruhenden Ämter“, namentlich der Gemeindebeamten behandelt werden. Laband stellt eben nur das Reichsstaatsrecht dar, und dafür haben diese Ehrenämter keine grofse Bedeutung. Deshalb ist in den allgemeinen Erörterungen über die Dienstpflicht in St.R. I S. 406 das Ehrenamt aufser Ansatz gelassen. „Die Pflicht zur Leistung von Diensten, heifst es S. 407, kann auf einem dreifachen Rechtsgrunde beruhen“, nämlich aufser auf privatrechtlichem Dienstvertrag auf den beiden öffentlichrechtlichen Gründen der Zwangsdienste und des vertragsmäfsigen Eintritts in den Staatsdienst. In der Lehre vom Gerichtsdienst (a. a. O. II S. 431), wo der Handelsrichter eine Rolle spielt, heifst es dagegen ganz richtig: „Hiernach sind in staatsrechtlicher Hinsicht drei Arten von Gerichtsdiensten zu unterscheiden, der gesetzliche Gerichtsdienst der Schöffen und Geschworenen, der berufsmäfsige Dienst der Gerichtsbeamten und der Ehrendienst der Handelsrichter und der Konsulargerichte“. Das sind unsere drei Rubriken.

thanen. Das ist ein Eingriff in die Freiheit und bedarf dem verfassungsmäfsigen Vorbehalte gemäfs einer gesetzlichen Grundlage.

Unsere Reichsgesetzgebung bietet eine solche für die gesetzliche Heerdienstpflicht und für die Gerichtsdienstpflicht der Geschworenen und Schöffen. Wir werden daraus in erster Linie die Vorbilder entnehmen zur Erläuterung unseres Rechtsinstituts nach der Art, wie es die Dienstpflicht entstehen und endigen läfst[1].

1. Indem das Gesetz der Verwaltung die Macht giebt, Dienstpflichten für gewisse Zwecke zwangsweise aufzulegen, bestimmt es diesen Zwecken entsprechend den Kreis der Personen, welchen die Pflicht auferlegt werden kann, und das Mafs der aufzulegenden Pflicht, letzteres nicht blofs dem Inhalt, sondern auch der Zeitdauer nach; es giebt also zugleich die Grundlage für die Endigung der Dienstpflicht.

Der Kreis der zu verpflichtenden Personen wird abgegrenzt, wie bei allen öffentlichen Dienstpflichten, vor allem durch die Forderung der Staatsangehörigkeit, beziehungsweise bei unseren Hauptbeispielen der Reichsangehörigkeit. Dazu kommen Bestimmungen von Eigenschaften, welche vorausgesetzt sind als Bedingungen der besonderen Fähigkeit zu dem betreffenden Dienst: Alter, Abwesenheit körperlicher und sittlicher Mängel u. dergl. Endlich verengert sich der Kreis noch durch die Anerkennung von Befreiungen, wodurch sonst geeignete Personen um gewisser Rücksichten willen — die bei der Heerdienstpflicht sehr eng bemessen, bei der Gerichtsdienstpflicht freigebiger anerkannt sind — von der Verpflichtbarkeit ausgeschlossen werden.

Über das für jeden Dienst zur Verfügung stehende Menschenmaterial, den Bestand der verpflichtbaren Unterthanen, werden Listen geführt. Diese Listen werden durch Veröffentlichungen, durch die Zulassung von Einsprüchen in angemessener Weise der Berichtigung ausgesetzt. Andererseits können den darin zu Bezeichnenden Meldepflichten auferlegt sein oder auch Beschränkungen in der freien Bewegung schon vor Eintritt der Zeit, wo alle Bedingungen ihrer Inanspruchnahme für den Dienst erfüllt sein werden. Alles dies, um die künftige Forderung des Staates, die künftig ihnen gegenüber zu begründende Dienstpflicht im voraus sicher zu stellen.

Das ist nur Vorbereitung; eine Dienstpflicht entsteht zunächst nicht, weder durch das Gesetz, dessen Merkmale bei einem bestimmten Unterthanen zutreffen, noch durch die Aufnahme in die Liste. Die

[1] Reichsmilitär-Ges. v. 2. Mai 1874; G.V.G. §§ 31—57, §§ 84—97.

Personen sind keiner allgemeinen Gewalt unterworfen, mit welcher die Verwaltung über sie verfügte; sie haben nur bestimmte einzelne Verpflichtungen und Beschränkungen, die gerade so weit gehen, als das Gesetz selbst sie ausspricht; Hülfsauflagen sind ihnen gemacht.

2. Die Auferlegung der Dienstpflicht geschieht durch einen obrigkeitlichen Ausspruch über den einzelnen verpflichtbaren Unterthanen, einen Verwaltungsakt, der als Wahl oder Aushebung bezeichnet wird. Dazu sind in den hier behandelten Fällen der Dienstpflicht besondere Kommissionen bestellt. Der Ausspruch enthält eine Anwendung des Gesetzes, d. h. die Bejahung des Vorhandenseins seiner Voraussetzungen und dazu eine Erwägung des öffentlichen Interesses, wonach diese Personen für den öffentlichen Dienst in Anspruch genommen werden mit Ausschlufs anderer gleichverpflichtbarer oder vorzugsweise vor diesen. Wirksam gegenüber dem Unterthanen wird die Wahl oder Aushebung, wie alle Verwaltungsakte erst durch die Kundgabe, die in gehöriger Weise an ihn erfolgt ist. In diesem Augenblicke entsteht die Dienstpflicht.

Mit der Kundgabe der begründeten Dienstpflicht kann der Befehl zur Erfüllung derselben, die Einberufung zum Dienstantritt sofort sich verbinden; die Kundgabe kann sogar unmittelbar die Form eines solchen Befehls, einer Ladung an sich tragen. Der Befehl kann auch vorbehalten sein und später selbständig erteilt werden. Er ist der erste Akt der Geltendmachung der Dienstpflicht.

Ungehorsam gegen diesen Befehl, Unterlassung des Dienstantrittes zur Zeit, wo er geschehen sollte, ist mit Strafe bedroht, verpflichtet überdies zu Schadensersatz, d. h. zur Erstattung der rechtswidrig verursachten Kosten, und kann bei der Heerdienstpflicht sogar durch Gewaltanwendung gebrochen werden, d. h. durch gewaltsame Vorführung des Pflichtigen.

3. Mit dem Dienstantritt beginnt die Erfüllung der Dienstpflicht und erhält das Rechtsverhältnis die volle Ausprägung. Der Dienstantritt ist wesentlich äufserliche Thatsache, die nichts von einem Rechtsgeschäfte an sich hat. Er setzt voraus die Gestellung des Pflichtigen, d. h. sein persönliches Erscheinen, um der zur Leitung seines Dienstes berufenen Behörde zur Verfügung zu stehen. Der Dienstantritt vollzieht sich durch die Einreihung des Pflichtigen in das öffentliche Unternehmen, welchem er dienen soll: das Gericht, das Heer. Dabei findet nunmehr die Ableistung des Diensteides statt. Die rechtlichen Wirkungen des Dienstantrittes knüpfen sich aber nicht an die Eidesleistung, sondern einzig an die Thatsache der Einreihung in den Dienst. Und zwar geschieht das kraft Gesetzes, ohne

damit verbundenen obrigkeitlichen Ausspruch und ohne Willenserklärung des Pflichtigen: auch der unfreiwillige Dienstantritt des gewaltsam vorgeführten Heerespflichtigen hat jene Wirkungen.

Der Dienstantritt bedeutet nichts als die Erfüllung der thatsächlichen Voraussetzungen für die volle Wirksamkeit der Dienstpflicht: das ihr entsprechende Gewaltverhältnis entfaltet sich jetzt; im weiteren wird die genauere Art dieser Wirkungen bestimmt nach Verschiedenheit des Inhalts der Dienstpflicht.

Für den Schöffen und Geschworenen entsteht nunmehr Amt und Amtspflicht. Ein Schöffe oder Geschworener, welcher zur bestimmten Sitzung nicht erscheint, hat niemals ein Amt gehabt; erst durch den Dienstantritt erlangt er es[2]. Die Amtspflicht giebt der Dienstpflicht ihren bestimmten Inhalt. Der Pflichtige ist der Leitung des Vorsitzenden unterworfen und steht dabei unter einer Dienstgewalt für sein äufserliches Verhalten, wie sie eben mit richterlicher Thätigkeit überhaupt vereinbar ist; die Mittel, welche verhindern, dafs der Pflichtige „sich seinen Obliegenheiten entziehe", reichen aus, um auch die gehörige Erfüllung der Pflicht zu sichern, deshalb sind besondere Disciplinarzwangsmittel hier nicht ausgebildet (vgl. unten § 45, I); die civilrechtliche Schadensersatzpflicht steht dahinter.

Viel bedeutsamer noch erweist sich in seinen Wirkungen der Dienstantritt bei der Heerdienstpflicht. Mit der thatsächlichen Einreihung in das Heer entsteht eine aktive Dienstpflicht von ganz besonderer Stärke[3]. Als Seitenstück zu dem Amte des dienstthuenden Geschworenen und Schöffen erscheint hier die Zugehörigkeit

---

[2] Es ist nur eine abkürzende Ausdrucksweise, wenn das Gerichtsverfassungsgesetz überall von der Wahl, der Einberufung, von dem Ablehnen, Entbinden, Sicheinfinden der „Schöffen" oder „Geschworenen" spricht. Es sollte heifsen: der zum Schöffen- oder Geschworenendienste in Anspruch zu nehmenden Personen. Ein Geschworener, der bestraft wird, weil er sich nicht gestellt hat und deshalb nicht eingeschworen werden konnte, ist natürlich kein Geschworener gewesen. Darum sind Schöffen und Geschworene keine Beamten: sie „versehen" ein Amt (G.V.G. §§ 31, 84); aber sie sind nicht mit dem Amte versehen, nicht beamtet. Das Amt hängt nicht an ihrer Person, ist nicht zu einer persönlichen Fähigkeit und Eigenschaft geworden, sondern gehört ihnen nur, so lange sie bei Gericht sind. Dieser Gedanke ist ungenau ausgedrückt, wenn man sagt: die kurze Dauer des Amtes mache es aus (Hälschner, Stf.R. II, 2 S. 1033 u. Anm. 3). Unrichtig aber ist es, wenn man den Grund, weshalb diese Leute keine Beamten sind, in der Unfreiwilligkeit ihres Amtes sucht (Olshausen, Stf.G.B. II S. 1380 n. 8c; Laband, St.R. I S. 414). Da hätte es ja unter der Herrschaft von Goenners Theorie, wonach aller Staatsdienst erzwingbare Bürgerpflicht war, überhaupt keine Beamten gegeben.

[3] Laband, St.R. II S. 643 (3. Aufl. S. 617).

zum Soldatenstande: unbedingter Gehorsam gegenüber den militärischen Oberen, strenge Disciplinarzwangsmittel, ein eigenes Dienststrafrecht kennzeichnen die rechtliche Ausnahmestellung, in welche der Dienstpflichtige jetzt geraten ist (vgl. unten § 45, I).

So unähnlich beides aber auch aussehen mag, in der Stufenfolge der Entfaltung der Zwangsdienstpflicht sind die aktive Dienstpflicht des Geschworenen und Schöffen und die aktive Dienstpflicht des Soldaten juristisch zusammengehörige Erscheinungen.

4. Die aktive Dienstpflicht behält den Pflichtigen naturgemäfs nicht in ununterbrochener Leistungsthätigkeit. Ein zeitweiliges Ruhenlassen schliefst aber ihren Fortbestand nicht aus. Auch in der Erholungspause ist der Schöffe und Geschworene im Amt und der Leitung des Vorsitzenden unterworfen; auch während der Nachtruhe und im Urlaub ist der Soldat im aktiven Dienst bei der Fahne. Die Dienstgewalt ist nicht unterbrochen, wenn sie auch die Zügel etwas nachläfst. Rechtlich bedeutsame Änderungen an dem Rechtsverhältnis selbst können durch ordentliche und durch aufserordentliche Endigungsgründe herbeigeführt werden.

Als ordentlicher Endigungsgrund gilt hier überall der Ablauf der bestimmten Zeit. Alle Zwangsdienstpflichten sind an eine Frist gebunden, die Last ist stets eine zeitlich gemessene. Sie kann aber gemessen sein nach der Dauer eines bestimmten Geschäftes, das seinerseits wieder eine natürliche äufserste Zeitgrenze hat, oder unmittelbar nach einer bestimmten Frist. Aufserordentliche Endigungsgründe giebt der Wegfall der gesetzlichen Fähigkeitsvoraussetzungen, die Geltendmachung von gesetzlichen Befreiungsgründen und die der Behörde etwa sonst zustehende Verzichtleistung auf den Dienst[4].

5. Durch diese Endigungsgründe wird die Dienstpflicht in derselben Weise, wie sie aufwärts steigt, stufenweise wieder heruntergeführt und aufgehoben. Sie gelten für alle Stufen, aber die Art, wie sie zur Wirksamkeit gelangen, ist je nachdem eine verschiedene.

Die Endigungsgründe können wirksam werden zur Endigung der aktiven Dienstpflicht; dem Diensteintritt entspricht der Dienstaustritt. Sie werden es aber hier immer nur durch Vermittlung eines behördlichen Aktes. Von selbst wird der in den Zwangsdienst

[4] Es ist üblich, unter den Endigungsgründen aller öffentlichen Dienstpflichten jeweils als ersten den Tod des Pflichtigen aufzuzählen. Wir werden aber keinem Mifsverständnis ausgesetzt sein, wenn wir uns das ein für allemal ersparen.

Eingereihte durch das Auftreten des Endigungsgrundes nie befreit. Das ist die Folge des unmittelbaren Zusammenhanges mit dem öffentlichen Unternehmen und des besonderen Gewaltverhältnisses, in welchem er dafür steht. Dieser Akt ist die Entlassung; sie kann ausdrücklich erklärt werden; möglicherweise ist sie aber auch stillschweigend enthalten in der Erklärung, dafs die Sitzung geschlossen, das Geschäft beendigt sei. Wenn die Frist für die Dauer der aktiven Dienstpflicht abgelaufen ist, entsteht für den Pflichtigen ein Anspruch auf die Entlassung; aber die Dienstpflicht dauert, bis die Entlassung wirklich erfolgt ist; ob sie mit Recht oder Unrecht versagt wird, ist in dieser Beziehung gleichgültig. Dafs aufserordentliche Endigungsgründe ebenfalls nur durch Entlassung wirksam werden, ist selbstverständlich.

6. Mit dem Erlöschen der aktiven Dienstpflicht kann die Dienstpflicht überhaupt erloschen sein. Möglicherweise besteht diese aber fort, um gegebenenfalls wieder in die schärfere Form übergehen zu können. So beim Geschworenen zwischen den einzelnen Gerichtstagen der Session, zu welcher er einberufen ist, beim Schöffen, der die Zahl der ihm auferlegten Sitzungstage noch nicht vollendet hat, vor allem beim Heerdienstpflichtigen, der zurückgestellt oder zur Reserve, zur Landwehr entlassen worden ist. Das Rechtsverhältnis des Dienstpflichtigen gleicht alsdann dem, in welchem er stand vor dem ersten Dienstantritt: das Gewaltverhältnis mit der umfassenden Dienstgewalt ist einstweilen wieder verschwunden. Statt dessen steht er wieder mit seiner fortdauernden Dienstpflicht zur Verfügung, um zu aktivem Dienste einberufen werden zu können; es ist eine Dienstpflicht mit betagter Erfüllung. Zur Sicherung der künftigen Erfüllung können ihm einstweilen besondere Pflichten und Beschränkungen auferlegt sein: Meldungspflichten, Auswanderungsbeschränkungen u. s. w. Diese Pflichten sind naturgemäfs stärker als die in der Vorbereitungszeit auferlegten, zu Gunsten einer noch nicht begründeten, nur möglicherweise künftig entstehenden Dienstpflicht. Aber sie gleichen diesen insofern, als sie nur zur Überwachung dienen und ihrem Umfange nach einzeln bestimmt sind. Sie können nicht kraft der Machtvollkommenheit der Dienstgewalt auferlegt werden, die ja einstweilen nicht mehr besteht, sondern nur kraft besonderer gesetzlicher Bestimmung, und nur soweit diese reicht[5].

Diese ruhende Dienstpflicht kann ihrerseits infolge eines eintretenden Endigungsgrundes erlöschen. In dem Verhältnisse selbst

---

[5] Reichsmilitärges. v. 2. Mai 1874 § 57.

ist nicht gegeben, dafs es nur durch Entlassungserklärung endigen könne. Es wird in erster Linie auf die Art des Endigungsgrundes ankommen. Wo der Behörde ein gewisser Spielraum zur Berücksichtigung besonderer Verhältnisse zusteht, ist selbstverständlich ein förmlicher Ausspruch notwendig. Zeitablauf, Unwürdigkeitsgründe und dergleichen unbedingt bestimmte Ursachen können auch unmittelbar wirken. Es hängt von Zweckmäfsigkeitserwägungen des Gesetzgebers ab, ob er der Ordnung halber eine Entlassung auch hier vorschreiben will.

7. Ist die Dienstpflicht überhaupt erloschen, so kann möglicherweise der Zustand der besonderen Verpflichtbarkeit für den bisherigen Dienstpflichtigen übrig bleiben, wie er bestand in Begründung der Dienstpflicht. In der Regel wird diese Fähigkeit erschöpft sein; oder es ist wenigstens für die nächste Zeit ein Anspruch auf Freilassung von der aufzulegenden Dienstpflicht gegeben, ein Ablehnungsrecht. Dann endigt die Verpflichtbarkeit mit der Endigung der Dienstpflicht und durch die Wirkung des gleichen Grundes. Abgesehen von solcher Erschöpfung endigt die Verpflichtbarkeit in selbständiger Weise aus den gewöhnlichen Gründen, Zeitablauf, Unwürdigkeit, Wegfall besonderer Voraussetzungen u. s. w., diese werden aber dann allesamt unmittelbar wirksam aus dem Gesetz, das ja für die ganze Verpflichtbarkeit überhaupt allein mafsgebend ist.

II. In unserer Verwaltungsorganisation, aber auch über sie hinaus in Gerichtsverfassung und Heeresverfassung, sind zahlreiche Ämter vorgesehen, welche von einzelnen Unterthanen übernommen werden sollen zur Erfüllung einer Bürgerpflicht, einer rechtlich erzwingbaren oder einer blofs moralischen, ohne Entgelt. Wir bezeichnen sie als Ehrenämter. Ein Ehrenamt versieht auch der Geschworene und Schöffe, so lange er seine Dienstpflicht ableistet (oben Note 2). Hier sind im Gegensatz dazu nur die ständigen Ehrenämter verstanden, die, den Berufsämtern gleich, den Einzelnen förmlich übertragen werden. Wer ein solches Amt übernimmt, wird damit zugleich den diesem Amte entsprechenden Pflichten unterworfen; es entsteht für ihn eine öffentliche Dienstpflicht dem Gemeinwesen gegenüber, welchem das Amt gehört, Staat, Kreis, Gemeinde. Diese Dienstpflicht ist in Entstehung und Endigung sowohl von der Zwangsdienstpflicht als von der des berufsmäfsigen öffentlichen Dienstes verschieden.

1. Alle staatlichen Ämter dieser Art sind gesetzlich geordnet. Eine gesetzliche Grundlage wegen Eingriffs in die Freiheit wäre hier insofern nicht unbedingt erforderlich, als ja die freiwillige Übernahme

allgemeinem Grundsatze gemäfs eine solche ersetzte. Allein einerseits, handelt es sich dabei durchweg um obrigkeitliche Ämter, deren Ordnung das Gesetz thatsächlich für sich in Anspruch genommen hat wegen der Wirkung nach aufsen (Bd. I S. 15). Andererseits scheint hier die Anschauung sich geltend zu machen, dafs der Staat die Dienste, deren er bedarf, ordentlicherweise durch berufsmäfsigen Staatsdienst oder civilrechtlichen Dienstvertrag sich verschaffen soll; auch die Benützung freiwillig zu übernehmender Ehrenamtsdienste gilt demnach nur als zulässig, soweit das Gesetz sie erlaubt. Bei den unteren Gemeinwesen dagegen kommen Ehrenämter auch ohne gesetzliche Grundlage in grofser Anzahl vor; für sie erscheint es verhältnismäfsig angemessener, den Gemeinsinn ihrer Angehörigen in Anspruch zu nehmen. Die wichtigsten Anwendungsfälle bieten uns die Ehrenämter unserer neuen sogenannten Selbstverwaltungsordnungen, sodann die Ämter der Handelsrichter und der Reserveoffiziere[6].

Soweit das Gesetz diese Ehrenämter ordnet, bestimmt es insbesondere auch die Voraussetzungen der Fähigkeit dazu. Aufser der Staatsangehörigkeit pflegt noch die Zugehörigkeit zu dem engeren Gemeinwesen oder Interessenkreise gefordert zu werden, welchem die Thätigkeit des Beamten zu Gute kommen soll. Das Zutreffen dieser Voraussetzungen bei einer bestimmten Person ist bedeutsam als Bedingung der Gültigkeit ihrer Berufung zum Amte und, soweit Zwang zur Übernahme stattfindet, der Zulässigkeit dieses Zwanges.

Für den dadurch abgegrenzten Kreis von Personen entsteht wieder eine gemeinsame Eigenschaft der Verpflichtbarkeit. Aber diese Verpflichtbarkeit ist hier wesentlich anderer Natur wie im vorigen Falle, gemäfs der ganz verschiedenen Art der Entstehung der Dienstpflicht selbst.

2. Die Dienstpflicht des Ehrenbeamten entsteht durch Übertragung des Amtes. Diese geschieht in Form eines gewöhnlichen Verwaltungsaktes des Fürsten oder einer Behörde. Diese Art der Übertragung des Amtes heifst Ernennung[7].

---

[6] Dafs wir die letzteren hier aufführen, soll noch ausführlich gerechtfertigt werden; vgl. unten Note 18. Das Reichsrecht hat uns noch zahlreiche Ehrenämter geliefert in der Arbeiterversicherungsgesetzgebung. Sie sind wesentlich den sogenannten Selbstverwaltungsämtern nachgebildet. Über diese Ämter Rosin, R. der Arbeiterversicherung III S. 646, 696.

[7] Die Stelle der Ernennung vertritt unter Umständen die Wahl; vgl. unten § 58, II n. 1.

Die Ernennung wird allgemeiner Regel der Verwaltungsakte gemäfs erst wirksam mit der Kundgabe an den Ernannten. Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes ist aber hier noch weiter bedingt. Das Gesetz giebt keine Ermächtigung, diese Ehrenämter aufzulegen gegen den Willen des Betroffenen; eine Zwangsdienstpflicht in der zuerst besprochenen Art (oben I) besteht hier nicht[8]. Die Auferlegung der Dienstpflicht kann also rechtsgültig nur geschehen mit seiner Einwilligung. Diese Einwilligung ist die Übernahme des Amtes. Es können ausdrückliche Erklärungen und Fristen für diese vorgeschrieben sein; die Übernahme kann auch stillschweigend geschehen.

Dafs diese Bedingung erfüllt werde, die zustimmende Willenserklärung erfolge, dafür sind auf seiten des Berufenen die verschiedensten Beweggründe thätig, auf welche man rechnen kann: Gemeinsinn, Unterthanentreue, Ehrgeiz. Möglicherweise begnügt sich das Gesetz mit diesen. In den meisten Fällen jedoch, namentlich bei der neuerdings so bedeutsam gewordenen Verwendung des Ehrenamtes zur Bildung von Verwaltungsbehörden, spricht das Gesetz eine Rechtspflicht zur Annahme aus und gewährt zur Herbeiführung derselben Zwangsmittel. Es setzt Nachteile auf die Weigerung, sofern diese nicht auf besondere von ihm anerkannte Ablehnungsgründe gestützt ist: Geldstrafen können verhängt, Strafzuschläge zu den sonst geschuldeten Abgaben auferlegt werden[9].

Dadurch wird das Ehrenamt nicht zu einer Zwangsdienstpflicht. Die Zwangsdienstpflicht entsteht ohne Willenserklärung des Betroffenen; hier aber wird nicht die Dienstpflicht zwangsweise auferlegt, sondern ein Druck geübt, um die zur Entstehung der Dienstpflicht nötige Willenserklärung herbeizuführen. Wirkt auch dieser Druck nicht, so kommt die Dienstpflicht nicht zur Entstehung[10].

[8] Eine Ausnahmeerscheinung bildet das Ehrenamt des preufsischen Gutsvorstehers; Kr.O. § 31 ff. Es verbindet sich kraft Gesetzes mit dem Besitze eines Gutes; die behördliche Bestätigung ist nur Formbedingung für den Eintritt der Wirkung des Gesetzes. Der Berufene ist mit Amt und Dienstpflicht gebunden, wenn er sich nicht befreit, indem er einen geeigneten Stellvertreter anbietet.

[9] Preufs. Kr.O. § 8; Bad.Ges. v. 5. Okt. 1863 § 3; Krank.Kass.Ges. v. 1892 § 34 Abs. 2; Unfall-Vers.Ges. § 24 Abs. 2; Inval. u. Alt.Vers.Ges. § 46 Abs. 1. — Das Franz. Verwaltungsrecht enthält im allgemeinen keinen Zwang zur Annahme von Ehrenämtern; Theorie des Franz. V.R. S. 284.

[10] So mit Recht Loening, V.R. S. 138. In der Anmerkung hebt er auch den Gegensatz richtig hervor, der sich daraus ergiebt, zur einseitig auferlegten Dienstpflicht des Geschworenen und Schöffen. Ähnlich Olshausen, Stf.G.B. II S. 1378 (zu § 359 n. 2). — Gewöhnlich werden allerdings diese Ehrenämter mit

Der Unterschied, ob eine Pflicht zur Annahme besteht oder nicht, wird aber von Bedeutung für das Verfahren, das bei der Ernennung zu beobachten ist.

Letzterenfalls wird die Ernennung niemals aufs Geratewohl erfolgen; wenn man der Sache nicht ohnehin sicher ist, gehen immer Erhebungen voraus, ob der ins Auge Gefaſste auch willens ist, anzunehmen[11]. Die Ernennung erfolgt alsdann in der Voraussetzung der vorhandenen Einwilligung, also in der Meinung, sofort wirksam und endgültig zu sein, unbedingt.

Wo dagegen eine Rechtspflicht zur Annahme aufgestellt ist, ergeht die Ernennung ohne weiteres, in der Erwartung, daſs der also Angeforderte durch eine Annahmeerklärung seine Pflicht erfüllen und den auf die Weigerung gesetzten Nachteilen werde entgehen wollen. Sie enthält selbst schon stillschweigend die Androhung dieser Nachteile und übt so durch ihre bloſse Erscheinung einen in der Regel ausreichenden Druck. Eben deshalb erfolgt sie nicht unter Feststellung, daſs dieser Voraussetzung ihre Gültigkeit bereits gegeben sei, und unbedingte Wirksamkeit beanspruchend: die Annahmeerklärung ist noch als Bedingung ihrer Wirksamkeit gesetzt. So lange diese Bedingung nicht erfüllt ist, wird der Ernannte von dem Akte nicht erfaſst. Die Ernennung kann nach gesetzlicher Bestimmung im Falle der Ablehnung sofort hinfällig werden; oder es mag bestimmt sein, daſs sie hinfällig wird, wenn die Annahmeerklärung nicht in gewisser Frist erfolgt. Wo nichts dergleichen bestimmt ist, bleibt sie bestehen, wie eine Offerte, bis zur Zurücknahme, die in Gestalt der Ernennung eines andern erfolgen mag. Jedenfalls ist durch diese Ernennung der Betroffene niemals mit der Dienstpflicht belastet worden[12]. Im ersteren Falle ist er es; der Verwaltungsakt der im allgemeinen zuständigen Behörde, der ohne Vorbehalt wirken will, be-

---

Annahmezwang einfach unter den Zwangsdienstpflichten aufgezählt: Gareis, Allg. St.R. S. 148; v. Sarwey, Württ. St.R. I S. 230; G. Meyer, St.R. S. 705. Dadurch verwischt sich nicht nur die juristische Eigenart unseres Rechtsinstitutes jenem anderen gegenüber, sondern es wird auch in sich selbst auseinandergerissen: die Ehrenämter ohne Annahmezwang wissen dann gar nicht mehr, wohin sie gehören, und sind doch wesentlich von gleicher Natur; der Annahmezwang ist für das Ehrenamt eine ganz unerhebliche Zuthat.

[11] So bei der Ernennung zum Handelsrichter. Bei der Ernennung zum Reserveoffizier wird sogar eine schriftliche Einwilligung vorausgesetzt: Heerordnung § 13 n. 3.

[12] Die entscheidende Willenserklärung über Annahme oder Ablehnung kann also hier immer erst nach Kundgabe der Ernennung geschehen. v. Brauchitsch, Preuſs. V.ges. I S. 25 n. 22; O.V.G. 9. Juni 1885 (Samml. XII S. 6).

stätigt durch sich selbst das Vorhandensein der Voraussetzungen seiner Gültigkeit. Sache des Betroffenen ist es, im Anfechtungsverfahren die Ungültigkeit nachzuweisen und die Wiederaufhebung des Aktes zu bewirken (vgl. Bd. I § 8, II n. 3)[13].

3. Mit der Kundgabe der Ernennung, oder, wo diese in der Erwartung künftiger Annahme geschah, mit der Annahmeerklärung wird für den Ernannten das Amt begründet und mit ihm die entsprechende Dienstpflicht. Der Beginn der Wirksamkeit kann der Gleichmäfsigkeit und Ordnung halber verschoben sein auf einen bestimmten Termin, mit welchem die Amtsinhaber wechseln sollen. Aber immer beginnt beides miteinander, Amt und Dienstpflicht. Die Dienstpflicht, wenn einmal begründet, ist immer sofort auch aktive Dienstpflicht, zum Unterschied von der des Schöffen und Geschworenen und noch mehr von der des berufsmäfsigen Staatsdieners, der mit einer allgemeinen Dienstpflicht für die entsprechenden Ämter zur Verfügung steht[14]. Amt und Dienstpflicht decken sich hier. Nur für dieses bestimmte einzelne Amt bringt der Ehrenbeamte sein Opfer[15].

4. Noch weniger wie bei den Zwangsdiensten bedeutet beim Ehrenamte die aktive Dienstpflicht eine ununterbrochene Leistungsthätigkeit. Die Ruhepausen sind gerade hier besonders stark entwickelt, weil einerseits die aktive Dienstpflicht nicht auf eine kurze Spanne Zeit bemessen ist, wie beim Geschworenen und Schöffen, andererseits nicht den ganzen Mann in Anspruch nehmen darf, wie

---

[13] Es ist klar, dafs für das Berufsamt, für die Anstellung im Staatsdienste, wo kein Annahmezwang besteht, nur diese Auffassung der Bedeutung der Einwilligung gelten kann; unten § 44, I.

[14] Den Gegensatz drückt richtig aus Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 174: „Die so kreierten (d. h. ernannten) Beamten werden nicht auf Grund eines speciellen Gewaltverhältnisses mit einem beliebigen Amte versehen, sondern sie werden unmittelbar in ein bestimmtes Amt berufen.“

[15] Laband, St.R. II S. 454, folgert deshalb auch ohne weiteres also: „dagegen ist der Staatsdienst der Handelsrichter kein berufsmäfsiger; sie führen das Amt als Ehrenamt, das heifst unentgeltlich; es finden daher auch die Regeln über Beförderung, Versetzung an eine andere Stelle oder in den Ruhestand auf sie keine Anwendung.“ — Eine Beförderung ist regelmäfsig schon durch die abgesonderte Natur der Ehrenämter ausgeschlossen. Wo eine Stufenfolge von Ehrenämtern besteht, kann die Beförderung als eine Änderung erscheinen, mit welcher der Ehrenbeamte schon in der ursprünglichen Amtsannahme im voraus sein Einverständnis erklärt hat. So wird z. B. die Beförderung der Reserveoffiziere ohne weiteres vorgenommen. Dagegen „Versetzungen zu einer anderen Truppengattung“ sind nur mit Einverständnis der Betreffenden zu beantragen (Heerordnung v. 28. Sept. 75 II § 28 n. 8).

beim Soldaten und beim Berufsbeamten. Der Ehrenbeamte hat seinen Beruf grundsätzlich neben dem Amte und bleibt dafür ausreichend frei. Das Amt nimmt ihn nur in Anspruch während der Zeit, die er sich dafür einrichtet (Amtsvorsteher, Bürgermeister), oder die durch den Gang der öffentlichen Geschäfte bestimmt ist (Handelsrichter, Bezirksratsmitglied, Bezirksausschufsmitglied, Reserveoffizier). Dafs er im aktiven Dienste steht, erweist sich in diesen langen und zahlreichen Pausen an der Fortdauer der Dienstgewalt und Disciplin. Die disciplinarische Forderung einer des Amtes würdigen Führung bleibt in fortwährender Wirksamkeit stehen; und immer kann die Pause durch neue Inanspruchnahme kraft Dienstgewalt unterbrochen werden.

5. Eine wirkliche Endigung der Dienstpflicht erscheint entsprechend der Eigenart des Ehrenamtes nur so, dafs Amt und Dienstpflicht zugleich erlöschen; Stufen dazwischen giebt es nicht.

Der ordentliche Endigungsgrund auch des Ehrenamtes ist der Ablauf der bestimmten Zeit. Das Ehrenamt, als besondere Last, wird wie die Zwangsdienstpflicht grundsätzlich nur auf Zeit übertragen; dafs es nur durch Annahme verpflichtet, möglicherweise auch ohne allen Zwang zur Annahme, macht keinen Unterschied; auch die Opferwilligkeit soll nicht übermäfsig in Anspruch genommen werden. Der Eintritt des Endtermins kann von selbst wirken; das wird namentlich der Fall sein, wo der Amtswechsel an bestimmte Kalendertage geknüpft ist. Ordentlicherweise erfordert die hier einmal begründete Dienstgewalt, um zu endigen, einen Entlassungsausspruch. Der Eintritt des Endtermins giebt nur ein Recht, ihn zu verlangen[16].

Aufserdem endigt auch das Ehrenamt aus besonderen Gründen, welche den Endigungsgründen des berufsmäfsigen Staatsdienstes wesentlich nachgebildet sind: gerichtliche Aberkennung, Entlassung wegen Unfähigkeit u. s. w. (vgl. unten § 44, III n. 2)[17].

---

[16] Nach preufs. R. ist der Grundsatz, dafs keine Amtspflicht durch Zeitablauf von selbst endigt, sondern immer erst eine förmliche Entlassung nötig ist (A.L.R. II, 10 § 94, 97), auch für die ehrenamtlichen Stellungen anwendbar erkannt: v. Brauchitsch, Preufs. V.ges. I S. 564 Anm. 16.

[17] Eine Suspension (vgl. unten § 44 n. 2) ist auch beim Ehrenamt nicht ausgeschlossen; hier ruhen eben wieder Amt und Dienstpflicht zugleich. — Loening, V.R. S. 141, führt als besonderen Endigungsgrund an die „einseitige Willenserklärung, sein Amt niederzulegen," und fügt hinzu: „Die Gesetze, welche die ungerechtfertigte Weigerung, ein Ehrenamt anzunehmen, mit Strafe bedrohen, erklären auch die ungerechtfertigte Niederlegung des Amtes für strafbar." Wenn damit gesagt sein soll, dafs das Amt durch die einseitige Willenserklärung jederzeit aufgegeben werden könne, in derselben Weise, wie der Austritt aus dem

Auch das Aufhören der Verpflichtbarkeit wirkt hier nur als Grund der Entlassung; es hat nicht die Bedeutung, wie bei der Zwangsdienstpflicht, dafs damit die Dienstpflicht von selbst endigt; denn die Verpflichtbarkeit selbst ist hier nicht der Keim einer Dienstpflicht, den die Behörde nur zu entwickeln hätte, sondern eine rechtliche Möglichkeit, durch eigenen Entschlufs verpflichtet zu werden, wenn auch auf diesen je nachdem ein gewisser Druck ausgeübt werden mag; der rechtsgeschäftliche Vorgang giebt der Dienstpflicht eine selbständige Grundlage [18].

Staatsdienst jederzeit frei steht (unten § 44, II n. 3), so wäre das sicher unrichtig; der Ehrenbeamte ist immer für gewisse Zeit gebunden. Wo ihm aber nach Ablauf einer gewissen Zeit das Recht zusteht, das Amt niederzulegen, wie in dem von Loening angeführten Falle der Preufs. Kr.O. § 8, bedeutet das nicht eine Endigung des Amtes durch seine Willenserklärung, sondern einen Anspruch auf Entlassung.

[18] Als ein Anwendungsfall der oben vorgetragenen Grundsätze des Ehrenamtes erweist sich insbesondere die Stellung des Reserveoffiziers. Dieser würde nach der von Laband, St.R. II S. 671 (3. Aufl. S. 643), begründeten Lehre nur seine gesetzliche Dienstpflicht in modifizierter Form erfüllen gleich dem Einjährig-Freiwilligen. Zwischen beiden besteht der grofse Unterschied, dafs der Reserveoffizier ein öffentliches Amt übernommen hat (ob er auch „Beamter" ist, darüber streiten Laband a. a. O. S. 671 Anm. 2 und G. Meyer in Annalen 1876 S. 669 u. 1880 S. 350, hier kommt es darauf nicht an), der Einjährig-Freiwillige von vorneherein nicht; doch kann auch ihm ein solches schliefslich übertragen werden; um die Vergleichung zu erleichtern, nehmen wir an, er sei zum Unteroffizier befördert und führe das Amt eines solchen. Dieser einjährig-freiwillige Unteroffizier erfüllt wirklich nur seine gesetzliche Dienstpflicht mit einer Modifikation. Deshalb wird er auch ernannt ohne weiteres, ohne ihn zu fragen, kraft Dienstgewalt. Soll derselbe Mann zum Reserveoffizier ernannt werden, so bedarf es dazu seiner Einwilligung; der Grund ist, dafs er nunmehr besondere Pflichten hat, „denen sie sich aber freiwillig unterwerfen" (Mot. z. Entw. des Kontrol-Ges., Drucks. d. R.T. II. Sess. 1874 n. 13 S. 6). Es ist geradeso, wie wenn er zum Berufsoffizier ernannt würde: beide Male wird eine andere Art von Dienstpflicht übernommen, welche an Stelle der gesetzlichen tritt. — Der einjährig-freiwillige Unteroffizier, der seine aktive Dienstzeit für diesmal beendigt hat, behält seine Dienstpflicht und seine Qualifikation; wenn er wieder einberufen wird, wird er wieder als Unteroffizier Dienst thun. Aber in der Zwischenzeit ist er nicht Unteroffizier; er hat kein Amt, das er mit nach Hause nimmt, sondern hat es nur, so lange er bei der Fahne steht, gerade wie Geschworener und Schöffe nur im Gerichtssaal. Der Reserveoffizier bleibt Offizier auch im Beurlaubtenstande, das Amt hängt ihm an; seine Stellung ist die eines beurlaubten Beamten. Daher das Recht, die Uniform zu tragen, daher vor allem die Fortdauer der diesem Beamtentum eigentümlichen Disciplinargewalt (Verord. 2. Mai 1874). Mit der Unterscheidung, dafs es sich nur um Standespflichten handle, ist nichts gethan; denn der Stand ist eben die Gemeinsamkeit der Dienstpflicht und die Forderung eines achtungswerten Verhaltens, worüber jene Ehrengerichte wachen, selbst nur ein Stück von dieser, gerade wie bei anderen Staatsbeamten (Laband, St.R. II

III. In Anschlufs an die Lehre vom Ehrenamte behandeln wir hier noch einen besonderen Fall der öffentlichen Dienstpflicht, der in seiner juristischen Eigenart nur so verständlich wird.

Es giebt öffentliche Beamte, welche ihr Amt ausüben mit civilrechtlicher Dienstpflicht und auf Grund eines civilrechtlichen Dienstvertrags.

Noch mehr: dieser Vertrag besteht nicht zwischen diesen Beamten und dem Staate oder einer gleichartigen juristischen Person des öffentlichen Rechts, sondern Dienstherr ist ein einfacher anderer Unterthan, ein Grundeigentümer, ein Gewerbsunternehmer, eine Aktiengesellschaft.

Die Hauptbeispiele sind: die Eisenbahnpolizeibeamten im Dienste der Privateisenbahngesellschaften, das Privatforst- und -jagdschutzpersonal, die Stellvertreter von Gutsbesitzern im Amte des Gutsvorstehers. Überall besteht hier ein Dienstvertrag, begründet in den gewöhnlichen Formen des Civilrechts, mit den gewöhnlichen Rechten und Pflichten eines solchen zwischen den Parteien und mit Endigungsarten, die dem entsprechen. Und doch sind alle diese Leute als öffentliche Beamte anerkannt und insbesondere die strafrechtlichen Bestimmungen wegen Widerstands gegen öffentliche Beamte und wegen Amtsvergehens auf sie anwendbar [19].

S. 687, I S. 445). Der bisherige Einjährig-Freiwillige, der in einen anderen Bundesstaat verzieht, tritt nach dem Grundsatze der militärischen Freizügigkeit in das Kontingent seines neuen Wohnsitzes über; die künftig fällig werdenden Raten aktiven Dienstes hat er diesem zu leisten. Die etwa schon erworbene Qualifikation nimmt er mit. Ganz anders der Reserveoffizier. Er bleibt auch im Falle des Verziehens im Dienstverhältnisse desjenigen Bundesstaates, von dessen Kontingentsherrn er zum Offizier ernannt worden ist: ein Übertritt könnte sich nur vollziehen durch Entlassung und Neuernennung. Hätte er einfach noch die gesetzliche Dienstpflicht, so müfste jene Regel der militärischen Freizügigkeit auch für ihn wirksam werden. Blofse „Modifikationen der Erfüllung" könnten darin nichts ändern. — Zuletzt: wie endigt die Dienstpflicht? Die aktive, wie wir gesehen haben, nur durch Entlassung; die gesetzliche Reservepflicht dagegen behufs Übertritts zur Landwehr von selbst durch Zeitablauf. Das gilt auch dann, wenn der Mann Unteroffiziersqualität erlangt hatte. Die Dienstpflicht des Reserveoffiziers dagegen endigt immer nur durch Entlassung gemäfs dem Grundsatze, welchen A.L.R. II, 10 § 94 für alle Beamten aufgestellt hat. Bei vorzeitiger Entlassung wäre, wie beim Berufsoffizier, ein Wiederaufleben der gesetzlichen Dienstpflicht denkbar (Heerordnung § 25).

[19] Oppenhoff, Stf.G.B. zu § 359 n. 38, 39, 42; Olshausen, Stf.G.B. zu § 359 n. 15, a I u. III; v. Brauchitsch, Preufs. V.ges. I S. 70 Note 121, S. 73 Note 131. Auch auf dem Gebiete des Postwesens kommen solche Erscheinungen vor; O.Tr. 3. Febr. 1862 (Str. 44 S. 188): „ein Postillon ist, soweit und so lange er Postdienste verrichtet, öffentlicher Beamter. Diese relative Beamten-

Auf den ersten Blick scheint das in offenem Widerspruch zu stehen zu all den Anschauungen, welche die Grundlage unserer ganzen Lehre vom öffentlichen Amte und von der dazu gehörigen öffentlichen Dienstpflicht bilden. In Wahrheit erklärt sich die Sache einfach daraus, dafs hier mit dem civilrechtlichen Dienst- und Auftragsverhältnis ein öffentliches Amt und eine öffentliche Dienstpflicht sich selbständig verbinden in Formen, welche dem öffentlichen Rechte angehören und die bekannten Gestalten unserer Rechtsinstitute, wenn auch in minder scharfer und vollständiger Weise, wiedergeben[20].

1. Das öffentliche Amt wird in all diesen Fällen niemals durch den civilrechtlichen Dienstvertrag unmittelbar begründet. Der Vertrag mag für sich fertig und gültig abgeschlossen sein, die Parteien können ihm ihrerseits für sich allein nie die Wirkung eines öffentlichen Amtes geben. Das Amt kommt erst nachträglich und selbständig hinzu durch den Akt einer staatlichen Behörde. Dieser Akt erscheint als Bestätigung, als Annahme des Bediensteten für das öffentliche Amt, das er bekleiden soll. Er verbindet sich mit der Vereidigung desselben für das Amt oder kann geradezu nur in der

qualität schliefst die Annahme nicht aus, dafs derselbe nach anderen Richtungen zu dem dingenden Posthalter gleichzeitig auch in einem privatrechtlichen, einem Gesindeverhältnis stehe." Ganz ebenso kennzeichnet R.G. 30. Okt. 1886 (Samml. 37 S. 65) die Doppelstellung des Postillons; er ist „Privatdiener" des Posthalters und „Beamter" des Staates.

[20] Loening, V.R. S. 115, hat diese Fälle im Auge, wenn er sagt: „Auch Personen, welche in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zu dem Staate oder blofs zu Privatpersonen stehen, können Beamte sein." Unrichtig ist, dafs auch ein privatrechtliches Dienstverhältnis zum Staate dabei möglich wäre. Dafs diese Leute trotz civilrechtlicher Dienstpflicht öffentliche Beamte sind, beruht nur darauf, dafs neben ihrem privatrechtlichen Dienstverhältnis noch ein öffentlichrechtliches zum Staate besteht. Dieses Nebeneinander ist aber doch nur möglich, weil das civilrechtliche Verhältnis gegenüber einem anderen Dienstherrn besteht als dem Staat. Nicht möglich ist es, dafs derselbe Mann gegenüber demselben Dienstherrn, dem Staate nämlich, zwei Dienstverhältnisse habe, ein civilrechtliches und ein öffentlichrechtliches. Hier würden wir sagen: entweder das erstere; dann ist der Mann kein öffentlicher Beamter — oder das zweite; dann ist er Beamter, aber ohne privatrechtliches Dienstverhältnis. Laband, welcher in St.R. I S. 406 Anm. 2 (3. Aufl. S. 385) gegen Loenings obigen Satz sich wendet, bemerkt mit Recht: „Auch dem Sprachgebrauch entspricht es nicht, Personen, welche mit dem Staate ein lediglich privatrechtliches Kontraktsverhältnis eingegangen sind, als Staatsbeamte zu bezeichnen." Aber soll dasselbe gelten von dem „von Privatpersonen angestellten, mit polizeilichen Funktionen betrauten Personal", welche Laband unmittelbar vorher anführt? Hier ist doch wohl umgekehrt der Sprachgebrauch, der ihnen Beamteneigenschaft zuerkennt, über allen Zweifel erhaben.

Vereidigung zum Ausdruck kommen; die Vereidigung ist dann die Form der Amtsübertragung[21].

Die Amtsübertragung findet meist statt auf Grund eines Gesetzes; denn die Übertragung eines solchen Amtes an einen Privatbediensteten geschieht gerade zu dem Zweck, um diesen mit Zwangsgewalt gegen andere Unterthanen auszurüsten, und das kann nur geschehen auf Grund eines Gesetzes. Soll der Bedienstete blofs Geschäfte seines Dienstherrn besorgen ohne solche Gewaltübung, so bedarf er ja dazu keines öffentlichen Amtes.

Der Akt hat zur Voraussetzung den civilrechtlichen Dienstvertrag, ist bedingt durch ihn; aber er ändert ihn nicht und macht ihn nicht gültiger und wirksamer als er von selbst ist. Es wird häufig der Fall sein, dafs der Vertrag abgeschlossen wurde unter ausdrücklicher oder stillschweigender Bedingung, dafs die Verleihung des Amtes dazu komme. Abgesehen von solcher gegenseitiger Bedingtheit stehen die beiden Rechtsgeschäfte in keinem Zusammenhang.

2. Der Bedienstete ist durch seinen civilrechtlichen Dienstvertrag verpflichtet, die ihm überwiesenen Geschäfte nach Kräften zu besorgen, auch unter Verwendung der ihm durch das Amt zustehenden Gewalt. In allem, auch soweit diese Amtsgewalt in Betracht kommt, steht er unter den Dienstanweisungen und dem Dienstbefehl des andern Kontrahenten kraft der civilrechtlichen Dienstpflicht.

Allein damit ist seine Rechtsstellung noch nicht erschöpfend gekennzeichnet. Der Satz: kein öffentliches Amt ohne öffentliche Dienstpflicht kommt auch hier zur Anwendung. Die öffentliche Dienstpflicht bedeutet aber ein Pflichtverhältnis gegenüber dem Staat oder einem gleichartigen Gemeinwesen. Also müssen diese Bediensteten noch in einem zweiten Pflichtverhältnisse stehen[22]. Dasselbe wird nicht

---

[21] Schwappach, Forstverwaltungskunde S. 140, 149; Günther, Das preufs. Feld- u. Forst.Pol.Ges. v. 1. April 1880 S. 101; Koch, Deutschlands Eisenbahnen II Anl. I S. 9 Note 17. Preufs. Kr.O. § 33.

[22] Laband, St.R. I S. 406 Anm. 2, macht Loening den Vorwurf, dafs er Amtsverhältnis und Dienstverhältnis bei solchen Beamten vermenge, scheint aber seinerseits in der Trennung der beiden Dinge zu weit zu gehen. Er sagt: diese Leute hätten Amtspflichten und Amtsrechte, aber diese Rechte hätten „keinen Zusammenhang mit der Dienstpflicht, sondern mit der Amtsführung". Hier können wir nicht mehr folgen. Die Amtspflicht wollen wir ja gerne von der Dienstpflicht unterscheiden, insofern sie eben die bestimmt gewordene und dadurch gesteigerte Dienstpflicht ist. Aber Amtspflicht aufser Zusammenhang mit einer Dienstpflicht giebt es nicht; wer Amtspflicht sagt, sagt auch Dienstpflicht. — Die richtige Gedankenfolge findet sich am klarsten ausgesprochen bei Bessel-Kühlwetter, Preufs. Eisenbahn-R. II S. 41: Die Bahnpolizeibeamten der Privat-Eisenbahngesellschaften

immer scharf ausgeprägt sein. Für gewöhnlich genügt das Pflichtverhältnis zu dem civilrechtlichen Dienstherrn, dessen Interesse in gleicher Richtung gehen wird wie das des Staates, schon vollauf, um den Bediensteten auch in Ausübung der amtlichen Befugnisse in der rechten Bahn zu halten. Der Staat hat seinerseits über den Dienstherrn in verschiedenem Mafse Gewalt, um ihn dazu zu bringen, dafs er etwaige Mifsstände abstellt. Er übt aber überdies auch noch unmittelbar Dienstgewalt und Dienststrafrecht über den Bediensteten selbst. Dafs seine Gesetze für dessen Dienstverrichtungen mafsgebend sind, ist nichts Besonderes; das würde auch der Fall sein, wenn das Dienstverhältnis lediglich civilrechtlich wäre. Allein der Bedienstete steht auch, soweit es das öffentliche Amt angeht, unter Dienstanweisung, Generalverfügung wie Einzelbefehl der staatlichen Behörde, so zwar, dafs diese etwa widersprechenden Aufträgen des civilrechtlichen Dienstherrn vorgehen. Die Einhaltung sowohl der gesetzlichen Vorschriften als ihrer Dienstanweisungen erzwingt die staatliche Behörde mit Dienststrafmitteln, ähnlich den gegen sonstige Beamte verwendeten, mindestens steht ihr für den äufsersten Fall das Recht zu, wegen Dienstwidrigkeiten den Beamten als solchen zu entlassen; das will sagen: ihm die verliehene Amtsgewalt zu entziehen[23]. Das civilrechtliche Dienstverhältnis zu dem anderen Dienstherrn wird dadurch unmittelbar nicht berührt; eine solche Mafsregel kann nur als auflösende Bedingung auch hierfür wirken oder sonst als Grund zur Aufhebung dieses Dienstverhältnisses bedeutsam werden.

3. Daraus ergiebt sich die bestimmte Art des öffentlichen Dienstverhältnisses, welches hier überall neben dem civilrechtlichen hergeht. Es ist im wesentlichen gestaltet nach dem Muster des Ehrenamtes. Der Amtsträger erhält allerdings seine Besoldung, er erhält sie anders-

---

stehen in erster Linie in einem privatrechtlichen Verhältnisse zu diesen. Aber: „ein Gesetz überträgt diesen Beamten, wenn auch nur für einen verhältnismäfsig kleinen Teil ihrer Wirksamkeit, die polizeiliche Gewalt, und da alle Gewalt vom Staate ausgeht, so kann der Träger derselben sie nur im Dienste des Staates ausüben; er mufs mithin in Beziehung auf solche Funktionen mittelbarer Staatsdiener sein, wenn auch seine Person, im ganzen betrachtet, als Privatperson anzusehen ist." — Ähnlich Haushofer, Grundzüge des Eisenbahnwesens S. 148: „Die Privat-Bahnpolizeibeamten sind öffentliche Diener, Hülfsbeamte des Staates."

[23] Bessel-Kühlwetter, Preufs. Eisenbahnr. II S. 59, hebt namentlich hervor, wie hier eine doppelte Dienststrafgewalt sich entwickeln kann: eine vertragsmäfsige privatrechtliche der Eisenbahngesellschaft und die öffentlichrechtliche der staatlichen Behörde, beide selbständig nebeneinander. — Besonders deutlich ist das doppelte Dienstverhältnis bei dem stellvertretenden Gutsvorsteher nach Preufs. Kr.O. § 31 ff.; v. Brauchitsch, Preufs. Verw.Ges. I S. 73 Anm. 131.

woher, aber er steht doch in förmlichem zweiseitigem Dienstvertrag. Der gemeinen Auffassung mufs es widerstreiten, hier von Ehrenamt zu reden. Uns kommt es blofs auf die Gleichheit der Rechtsformen an dem Staate gegenüber; und die ist gegeben.

Wie beim übernommenen Ehrenamte wird die öffentliche Dienstpflicht hier begründet durch einen Verwaltungsakt mit Einwilligung des Verpflichteten. Dafs diese Einwilligung herbeigeführt wird durch die Rücksicht auf einen mit einem Andern bestehenden civilrechtlichen Dienstvertrag und ausgesprochen ist im Abschlufs desselben, kommt für uns nicht weiter in Betracht.

Die öffentliche Dienstpflicht deckt sich auch hier vollständig mit dem Amt und besteht von Anfang bis zu Ende nur in der Gestalt der Amtspflicht. Nur mit dem Amte wird die Dienstpflicht begründet, mit der Amtsentziehung endigt sie. Es giebt keine zur Verfügung gestellten Beamten dieser Art, wenigstens keine mit öffentlicher Dienstpflicht zur Verfügung stehenden. Dafs sie mit civilrechtlicher Dienstpflicht beginnen und dafs die civilrechtliche Dienstpflicht an sich wohl bestehen bleiben kann auch nach der Amtsentziehung, fällt wieder aus unserer Betrachtung heraus.

Endlich haben diese Ämter mit dem Ehrenamte gemeinsam die Befristung. Während der berufsmäfsige Staatsdienst grundsätzlich auf unbestimmte Zeit geht und nur infolge besonderer Willenserklärungen des Staates oder des Staatsdieners am geeigneten Punkte abgebrochen wird (davon unten § 44 S. 227 ff.), gehört es zur Natur des Ehrenamtes, dafs es endigt mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit (oben S. 213). Der Endtermin ist hier so bestimmt, dafs das Amt aufhören soll mit Endigung des dahinterstehenden civilrechtlichen Dienstverhältnisses[24]. Dieses letztere selbst kann allerdings auf unbestimmte Zeit gehen und durch besondere Willenserklärungen der Parteien: Kündigung, Entlassung, Austritt abgebrochen werden. Für das öffentliche Amt im Verhältnis zwischen dem Staate und dem Beamten ist dieser an das Ende des Civildienstvertrags gebundene Termin ein äufserlich bestimmter.

[24] v. Brauchitsch, Preufs. V.Ges. I S. 70: „Wie für den Gutsvorsteher der Besitz des Gutes, so ist für den stellvertretenden Gutsvorsteher der Auftrag seitens des Gutsbesitzers die notwendige Voraussetzung für die rechtliche Existenz seiner amtlichen Stellung. Mit dem Wegfalle des Mandates enden die Rechte und Pflichten, die Gutsvorstehergeschäfte wahrzunehmen, von selbst."

§ 44.

Fortsetzung; die Anstellung im Staatsdienst.

Die Anstellung im Staatsdienst oder im Dienste eines Selbstverwaltungskörpers ist die Begründung einer öffentlichen Dienstpflicht auf Einwilligung des Betroffenen und zum Zwecke der Übertragung eines öffentlichen Amtes[1].

Diese juristischen Personen können sich Arbeitskräfte auch verschaffen durch civilrechtlichen Dienstvertrag. Das ist ausgeschlossen überall, wo es sich um die Ausübung öffentlicher Gewalt handelt in behördlicher Thätigkeit oder obrigkeitlichem Zwang. Für einfache Geschäftsbesorgungen steht in gewissem Mafse die Wahl frei. Die Sitte beschränkt die Anwendung des civilrechtlichen Vertrages auf gewisse niedere Dienstleistungen[2]. Auch abgesehen von äufserlichen Förmlichkeiten, welche die Anstellung kenntlich machen, ist danach im Einzelfalle kaum ein Zweifel darüber, welche von beiden Arten gewollt ist.

I. Die rechtliche Natur des Aktes, durch welchen die Anstellung im Staatsdienste sich vollzieht, unterlag im Laufe der Geschichte verschiedener Auffassung. Ursprünglich, vor der Scheidung zwischen öffentlichem und Civilrecht, war er wie ein gewöhnlicher Vertrag gedacht im Sinne des letzteren. Die Idee des Polizeistaates, dafs von dem Unterthanen alles verlangt werden könne, was der Zweck des Staates erheischt, führte schliefslich dazu, auch hier einen einseitigen obrigkeitlichen Akt anzunehmen; die Einwilligung des Betroffenen bedeutet nur die Anerkennung seiner ohnehin bestehenden Unterthanenpflicht. Der Verfassungsstaat läfst, mangels einer gesetzlichen Grundlage, einen solchen einseitigen Eingriff in die Freiheit nicht zu. Das Staatsdienstverhältnis kann also nur begründet werden vermöge der Einwilligung.

Ob das ein Vertrag zu nennen ist, darüber herrscht jetzt die leb-

[1] In der formellen Selbständigkeit der Dienstpflichtbegründung liegt der wesentliche Gegensatz zum übernommenen Ehrenamt. Die Gegenleistung in Geld, Gehalt, Besoldung, schliefst sich daran als eine naturale, ist aber nicht wesentlich; Bornhak, Preufs. St.R. II S. 24.

[2] Gleim in Wörterbuch I S. 323. Die Preufs. Ministerien d. J., d. Fin. u. d. Kult. haben sich laut Mitteilung der amtlichen Berliner Korrespondenz v. Juli 1895 über gewisse Grundsätze geeinigt, nach welchen verfahren wird. „Ein privatrechtliches Verhältnis wird regelmäfsig dann vorliegen, wenn es sich um gering gelohnte, lediglich mechanische Dienstleistungen handelt, welche aus sächlichen Fonds vergütet werden“. Den Gegensatz bildet die „etatsmäfsige Stelle“.

hafteste Meinungsverschiedenheit[3]. Einig ist aber jedenfalls alles darüber, daſs der Akt, wie die Dienstpflicht, die er begründet, dem öffentlichen Rechte angehöre. Damit ist der Boden gegeben, auf dem wir zu bauen haben: wir befinden uns im Gebiete der Ungleichheit der Rechtssubjekte.

Das Wirkende bei der Anstellung ist also der Wille des Staates, der Verwaltungsakt, nur bedingt in seiner Gültigkeit von der Einwilligung des Unterthanen, über den er ergeht (Bd. I S. 98).

Die Wirkung tritt ein, wie bei jedem Verwaltungsakt, mit der Kundgabe, mit der gehörigen Eröffnung an den Ernannten. Üblich oder gesetzlich vorgeschrieben ist die Ausfertigung einer Urkunde über die Ernennung, die Bestallung, durch deren Zustellung die Kundgabe erfolgt[4].

Die Ernennung soll und kann nicht wie die Berufung zum Pflichtehrenamt einen Druck auf den Ernannten ausüben, daſs er annehme. Andererseits ist sie aber auch niemals gemeint als eine bloſse Offerte; sie will unmittelbar wirksam sein. Deshalb setzt sie die Bedingung ihrer Gültigkeit, die Einwilligung des Ernannten, als erfüllt voraus[5]. Diese bedarf keiner bestimmten Form. Sie kann als ausdrückliche Bewerbung erschienen sein, oder aus seinem Verhalten stillschweigend hervorgehen; ein zahlreiches Menschenmaterial stellt sich in dieser Weise durch Ablegung von Prüfungen oder

---

[3] Eine Zusammenstellung der Litteratur für und wider bei G. Meyer, St.R. § 439 Anm. 15 u. 17. Über die Geschichte der Vertragstheorien vor allem Rehm in Annalen 1884 S. 565 ff.

[4] R.B.Ges. § 4: „Jeder Reichsbeamte erhält bei seiner Anstellung eine Anstellungsurkunde". Rehm in Annalen 1885 S. 140 und Laband, St.R. I S. 426, fassen das als eine Formbedingung auf, die bei Meidung der Nichtigkeit eingehalten werden müsse. Die Motive zum R.B.G. (Drucks. d. R.T. 1872, I n. 9 S. 31) sagen allerdings: „der Paragraph schlieſst also die mündliche Bestellung aus". Allein deshalb könnte doch, dem Wortlaut entsprechender, eine bloſse Ordnungsvorschrift gemeint sein, die thatsächlich verhindern wird, daſs die Anstellung eine bloſs mündliche bleibe. Unmittelbar vorher erklären ja die Motive (S. 30 u. 31): „Über die Form der Anstellung ist es indes nicht nötig, ausdrückliche Vorschriften zu geben". — In Wirklichkeit wird ja anzunehmen sein, daſs die Behörden die endgültige Erklärung nur in Form der Aushändigung der Bestallung abgeben wollen; wenn aber einmal doch mündlich oder telegraphisch geradezu ernannt wird, so muſs es gelten und die Beurkundung ist nur der Ordnung halber nachzuholen.

[5] Anders beim Pflichtehrenamt, oben § 43, II n. 1. Wo eine Ernennung mit ungewisser Einwilligung einmal vorkommt, ist man sich der Auſserordentlichkeit des Vorgehens bewuſst; es pflegt dann immer auch eine Art Druck sich damit zu verbinden, eine Anrufung persönlicher Ergebenheit oder des Patriotismus.

sonstigen Nachweis der Qualifikation dem Staate fortwährend zur Verfügung. Wo man irgend zweifelhaft ist, wird man die Sache durch vorgängige Anfragen und Verhandlungen klar stellen. Eine Ernennung aufs Geratewohl mit der Frage, ob der Ernannte sie durch seine erst noch erwartete Annahme auch rechtsgültig zu machen beliebe, widerspräche der Feierlichkeit des Aktes und der Würde des Ernennenden.

Ein Irrtum ist gleichwohl möglich; die Einwilligung lag im gegebenen Fall vielleicht doch nicht vor; dann kann sie nachträglich hinzukommen, ausdrücklich oder stillschweigend. Geschieht auch das nicht, so ist die Ernennung rechtsungültig. Aber sie fällt auf den Widerspruch hin nicht etwa von selbst zusammen, wie eine nicht erweislich angenommene Vertragsofferte; es wäre sonst verwunderlich, dafs man nicht dafür Sorge trüge, dieses Erfordernis, mit dem er erst wirkt, für den wichtigen Akt gehörig nachweisbar zu machen. Vielmehr zeigt sich dann die öffentlichrechtliche Natur und die besondere Kraft dieses Aktes: der obrigkeitliche Ausspruch, dafs etwas sein soll, ob Urteil oder Verwaltungsakt, bestätigt eben dadurch, dafs die Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit dieser Wirkung gegeben sind. Dieser allgemeine Grundsatz gilt auch hier[6]. Der Ernannte kann nicht einfach ablehnen mit der Behauptung: ich habe nicht gewollt; sondern er mufs anfechten. Die Ungültigkeit ist nur ein Grund der Anfechtung. So lange die Ernennung nicht zurückgenommen oder aufgehoben ist, steht sie in Rechtswirksamkeit durch sich selbst[7].

Gerade an diesem entscheidenden Punkte suchen aber auch die hervorragendsten Vertreter des eigentlichen Staatsdienstvertrages der Besonderheit des Anstellungsaktes gerecht zu werden. In verschiedenen Wendungen kommen auch sie darauf hinaus, den Schwerpunkt

---

[6] Vgl. Bd. I § 8, II n. 3; § 20, III n. 1, Note 16 u. 17.

[7] Wenn einige Gesetzgebungen eine Ablehnung binnen drei Tagen von Aushändigung der Anstellungsurkunde ab gestatten (Schwarzburg-Rudolstadt Ges. v. 1. Mai 1850 § 6; Oldenburg Ges. v. 28. März 1867 Art. 18), so bedeutet das vor allem eine Befristung des Anfechtungsrechtes. Die etwa vorausgegangene Einwilligung wird dadurch nicht von selbst hinfällig. Doch wird man hier, wie auch sonst im Falle ungesäumten Widerspruches sehr geneigt sein, nicht darüber zu streiten, sondern die Ernennung lieber zurücknehmen. Das ändert die Rechtsfrage nicht. — Dernburg, Preufs. Pr.R. II S. 561 Anm. 8, bringt folgenden Fall: „Wurde Jemand zum Beamten ernannt, welcher, schwer erkrankt, längere Zeit von der Anstellung nichts erfährt, so war er Beamter, wenn er nur nicht später ablehnt, von Zustellung des Dekretes an, er war Beamter, wenn er in der Krankheit stirbt“. Die „Ablehnung“ ist hier offenbar nicht gedacht als Ablehnung einer Vertragsofferte, sondern nur ein ungenauer Ausdruck für Anfechtung.

bei dem Zustandekommen des Rechtsverhältnisses in den Willen des dabei beteiligten höheren Rechtssubjektes zu legen und dem des Unterthanen die gleichwertige Bedeutung zu entziehen [8]. Darin kommt eben der Grundgedanke des öffentlichrechtlichen Rechtsgeschäfts zum Ausdruck. Ob der Vertragsbegriff wohl damit bestehen kann, ist eine andere Frage. Mit dem voll erkannten Begriff des Verwaltungsaktes erklärt sich alles viel einfacher.

II. Das auf der Anstellung beruhende öffentlichrechtliche Dienstverhältnis, der berufsmäfsige Staatsdienst, entwickelt sich wieder in eigentümlicher Stufenfolge.

---

[8] Seydel, Bayr. St.R. III S. 324 ff., hält den Vertrag für die „einzig mögliche Begründungsform für das öffentliche Dienstverhältnis“. Gleichwohl erklärt er: der Stand des Staatsdieners wird durch die Anstellungsentschliefsung erworben. Wie das? Weil „mit der Bekanntgabe der Anstellungsentschliefsung der Berufende gebunden ist“ (S. 341). Ferner „wird zur Wirksamkeit der Berufung keine ausdrückliche oder stillschweigende Annahme, sondern zur Unwirksamkeit die Ablehnung erfordert“. Es ist „die Entschliefsung, welche den Vertrag beurkundet“ (S. 345), — also auch die Annahme des andern Kontrahenten, der nur die Möglichkeit der Anfechtung hat. Es ist wohl nicht zu viel behauptet, wenn wir sagen, dafs das einfach unser Verwaltungsakt auf Unterwerfung ist. — Ähnlich verfährt Laband, St.R. I S. 426 (3. Aufl. I S. 404): „der Vertrag wird abgeschlossen durch die Aushändigung der Anstellungsurkunde“. Das würden wir Begründung des Rechtsverhältnisses durch Eröffnung eines Verwaltungsaktes nennen. Laband gewinnt einen Vertrag nur dadurch, dafs er einerseits die etwa vorausgehende Einwilligung für rechtlich gleichgültig erklärt, andererseits in der Zustellung der Ernennungsurkunde immer eine „vorbehaltslose Annahme“ und in dieser einen Konsens zum Dienstvertrage findet. Das letztere könnte unter Umständen zutreffen; es wäre aber ganz quaestio facti, denn das Gesetz stellt keine Präsumtion auf. Das erstere, dafs die durchgeführte Aushändigung immer eine vorbehaltslose Annahme bedeutete, ist unrichtig; denn mit der Aushändigung ist doch nur die gewöhnliche Eröffnung durch Übergabe eines Schriftstückes, die Zustellung gemeint; diese aber kann ja wirksam auch an Hausgenossen geschehen, in Abwesenheit oder während schwerer Erkrankung dessen, für den sie wirkt. Laband will also ganz richtig die Perfektion an die Zustellung des Aktes knüpfen; um aber auch einen Vertrag daraus zu machen, verbindet er damit eine Fiktion der Annahmeerklärung; denn etwas anderes ist's nicht. — Rehm in Annalen 1885 S. 142 schliefst sich im wesentlichen Laband an: „Wie bei der Aufnahme in den Staatsverband ist auch hier die Aushändigung die konkludente Annahmehandlung“. Wie bei Seydel die Entschliefsung die Annahme des Anderen beurkundet, so ist hier die Zustellung derselben konkludent dafür.

Das Ziel, das wir als ganz berechtigt anerkennen, ist bei allen diesen Konstruktionen das nämliche. Überall aber, wo man nicht in irgend einer Weise Sorge getragen hat, den „Staatsdienstvertrag“ als einen öffentlichrechtlichen Akt zu kennzeichnen, sondern ihn einfach hinstellt wie einen gewöhnlichen civilrechtlichen Vertrag, ist er eben auch nichts anderes. Die blofse Titulierung als öffentlichrechtlich ist ganz gleichgültig.

1. Der Kreis der Personen, aus welchem ernannt werden kann, wird mehr oder weniger eng begrenzt durch die für jede Art von Amt vorgeschriebenen Anstellungsbedingungen. Diese bedeuten nicht den Keim einer Dienstpflicht, eine Verpflichtbarkeit, wie bei Zwangsdienst und Ehrenamt. Sie sind lediglich im öffentlichen Interesse gegeben; ihre Aufserachtlassung ist keine Verletzung der Rechte des Ernannten.

Die Dienstpflicht kommt also zur Entstehung ohne Vorstufe, durch Anstellung allein.

Sie bedeutet, dafs der Verpflichtete nunmehr seinem Dienstherrn, dem Staate, zur Verfügung steht, um Dienste der durch die Anstellung bezeichneten Art von ihm zu verlangen. Der Staat macht davon Gebrauch, indem er ihm den bestimmten Geschäftskreis anweist, in welchem er thätig werden soll. Ohne solche Anweisung ist er nicht schuldig, etwas zu leisten, ist er nicht einmal befugt, Geschäfte des Staates zu besorgen. Der Akt, durch welchen dies geschieht, ist die Übertragung des Amtes. Mit ihm erhält die Dienstpflicht die schärfer ausgeprägte Gestalt der Amtspflicht[9].

Die Zwangsdienstpflicht erhält die entsprechende Ausprägung durch die Thatsache des Dienstantrittes; beim Ehrenamt fallen Dienstpflicht und Amtspflicht zusammen. Der berufsmäfsige Staatsdienst allein bietet zwei unterscheidbare obrigkeitliche Akte, an welchen das eine oder das andere hängt.

Es ist nicht nötig, dafs sie äufserlich geschieden erscheinen; sie können auch zu einem Akte verbunden sein: mit der Anstellung im Staatsdienst kann sofort auch die Übertragung eines bestimmten Amtes geschehen. Es kann aber auch zunächst die Anstellung allein erfolgen und die Verleihung des Amtes einem besonderen Akte vorbehalten sein.

Immer geschieht die Anstellung begriffsmäfsig behufs Übertragung einer bestimmten Art von Amt, wodurch allein die begründete Dienstpflicht nutzbar gemacht, durch dessen Bezeichnung sie aber auch ihrem Inhalt nach genauer bestimmt wird. Nur zu Diensten in einem Amte der bezeichneten Art ist der Angestellte verpflichtet.

Innerhalb dieses Rahmens bestimmt der Dienstherr das Amt frei, ist er auch befugt, das Amt nachträglich zu wechseln, sofern nicht die

---

[9] Laband, St.R. I S. 404 ff. (3. Aufl. S. 383 ff.); Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 170 ff.; Rehm in Annalen 1885 S. 160 ff. Die von dem letzteren befürwortete Unterscheidung von Staatsdienern und Staatsbeamten wäre sehr zweckmäfsig. Die herrschende Sprachweise nennt jeden einen Staatsbeamten, der durch die Anstellung im Staatsdienste bestimmt ist, Staatsämter zu führen.

Unzulässigkeit der damit verbundenen Entziehung des bisherigen Amtes es verhindert (unten n. 2). Beförderungen, Ortswechsel, Versetzungen in verwandte Ämter werden so verfügt. Die Amtsübertragung ist ein einseitiger Akt, der zu seiner Gültigkeit einer Zustimmung des Betroffenen nicht weiter bedarf. Diese Zustimmung wird ersetzt durch die einmal begründete Dienstpflicht. Die Amtsübertragung ist nur die Geltendmachung davon.

Die Übertragung eines Amtes anderer Art, das durch den Inhalt der übernommenen Dienstpflicht nicht umfafst ist, ist nur möglich unter gleichzeitiger Änderung der Dienstpflicht, um sie auf diese neuen Anforderungen zu erstrecken. Das erfordert zu seiner Gültigkeit eine neue Einwilligung des Betroffenen, die durch die Übernahme des neuen Amtes stillschweigend erklärt wird.

2. Das Amt ist bedingt durch die Dienstpflicht und endigt stets mit dieser. Es kann aber auch endigen für sich allein, so dafs die Dienstpflicht fortdauert. Das macht wieder einen Unterschied vom übertragenen Ehrenamt.

Da die Führung des Amtes die Form ist, in welcher die Dienstpflicht zu erfüllen ist, so kann der Dienstpflichtige sich des Amtes nicht selbständig entschlagen. Die Endigung des Amtes bei fortdauernder Dienstpflicht ist nur möglich durch einen Akt des Dienstherrn, die Amtsentziehung. Sie entspricht der Nichtmehrverwendung des Dienstpflichtigen im civilrechtlichen Dienstverhältnisse. Aber zum Unterschiede davon steht die Amtsentziehung grundsätzlich nicht im freien Belieben des Dienstherrn. Das Amt giebt dem Beamten Macht über das Stück öffentlicher Verwaltung, das er führen soll, und ist insofern geeignet, ein subjektives öffentliches Recht desselben zu sein. Er soll es nur führen im Namen des Staates und als Vertreter desselben, aber gerade diese Vertreterschaft ist der Gegenstand des Rechtes[10]. Durch die Übertragung des Amtes, welche diese Macht verleiht, wird das Recht von selbst begründet und ist dann als solches unantastbar, soweit nicht durch Gesetz oder durch Vorbehalt bei der Amtsübertragung ein Eingriff zulässig gemacht ist.

---

[10] Vgl. Bd. I § 9, II n. 2; Rosin in Annalen 1883 S. 279. Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 170, bestreitet den Beamten das Recht aufs Amt, weil sich ein „rechtlich anerkennbares Interesse“ dabei nicht nachweisen lasse. Das Interesse der Macht und Ehre ist „als rechtliches nicht zu konstruieren“ (S. 169 Note 2). Ein Recht der Wähler zur Volksvertretung und ein Recht der Gewählten dagegen läfst er gelten (S. 152 und 158), sogar einen „zweifellosen publizistischen Anspruch“ auf Titel, Rang und Dienstzeichen (S. 172); da dürfte doch das Recht auf die Amtsstellung ebenso gut „konstruierbar“ sein.

Deshalb spricht man hier von einem besonderen Rechte der Amtsentziehung, welches der Regierung zusteht oder nicht zusteht[11].

Diese Amtsentziehung erscheint unter Bezeichnungen, welche den Hinweis enthalten auf die dahinter fortdauernde Dienstpflicht, als Stellung zur Verfügung, Stellung zur Disposition, Versetzung in einstweiligen Ruhestand.

Sie findet sich in unseren geltenden Gesetzgebungen auf dreierlei verschiedene Weise geordnet.

In gewissem Umfange sehen wir die freie Verfügung des Dienstherrn über das Amt schlechthin aufrechterhalten. Allgemein ist dies der Fall bei Offizieren[12]. Nach bayrischem Recht und dem einer Reihe kleinerer Staaten gilt es für alle nichtrichterlichen, für alle Verwaltungsbeamten[13]. Nach preufsischem Recht, das vor allem auch mafsgebend geworden ist für das Reichsbeamtengesetz, ist diese freie Amtsentziehung nur gegeben gegenüber gewissen Klassen von Verwaltungsbeamten, gegenüber den sog. politischen Beamten[14].

Daneben giebt es ein beschränktes Amtsentziehungsrecht, das nur aus bestimmten Gründen geübt werden kann. So nach Reichsrecht bei allen Verwaltungsbeamten für den Fall einer Neubildung der Behörden, welche das bisher bekleidete Amt in Wegfall bringt[15].

Das Recht der Amtsentziehung kann endlich ganz ausgeschlossen sein. Das ist nicht blofs da der Fall, wo das Gesetz das ausdrücklich bestimmt, sondern überall, wo die Voraussetzungen, an welche das Gesetz die Ermächtigung zur Entziehung eines solchen Amtes geknüpft hat, nicht gegeben sind. Auch wo das Gesetz bezüglich einer Art von Ämtern überhaupt nichts wegen der Amts-

---

[11] Im Gegensatz zur Amtsentziehung ist der Urlaub lediglich die Bewilligung einer besonderen Ruhepause, ein Verzicht auf die Erfüllung der Amtspflicht für bestimmte Zeit. Er läfst das Amt in Kraft bestehen, entzieht das Recht aufs Amt auch nicht vorübergehend. Amtshandlungen, die trotz des Urlaubs vorgenommen werden, sind gültige Amtshandlungen; sie können nur ordnungswidrig sein, sofern der Beurlaubte dadurch den Geschäftsgang stört.

[12] Laband, St.R. II S. 694 (3. Aufl. II S. 664).

[13] Bayr. Staatsdiener-Ed. § 19; Seydel. Bayr. St.R. III S. 385; G. Meyer, St.R. § 154 Note 2.

[14] R.B.G. § 25; Preufs. Ges. v. 21. Juli 1852 § 87.

[15] R.B.G. § 24; Preufs. Ges. v. 21. Juli 1852 § 87 (wobei der Wegfall des betreffenden Amtes nicht gefordert ist: Fr. Seydel, Dienstvergehen S. 271). Nach einzelnen Landesrechten ist die Mafsregel auch zulässig bei andauernder Kränklichkeit des Beamten: G. Meyer, St.R. § 154 Anm. 3.

entziehung bestimmt hat, wäre sie nicht von selbst zulässig [16]. In diesem Falle wäre nur Spielraum gegeben für einen Vorbehalt bei der Amtsübertragung, der ein Entziehungsrecht begründete [17].

Daneben findet sich eine zeitweilige Amtsentziehung unter dem Namen vorläufige Dienstenthebung, vorläufige Amtsententhebung, Suspension. Sie hat immer nur statt aus bestimmten Gründen: sie wird entweder unmittelbar ausgesprochen als Strafe im Disciplinarverfahren (unten § 45, II), oder tritt ein als Nebenwirkung eines Straf- oder Disciplinarverfahrens [18]. Wenn die Zeit, für welche sie ausgesprochen wurde, oder der Zustand, an welchen sie sich knüpft, vorüber ist, so lebt das Amt von selbst wieder auf; die „Wiedereinsetzung ins Amt", von der hier oft gesprochen wird, ist keine Neubegründung des Amtes, sondern nur die thatsächliche Wiederzulassung zur Amtsthätigkeit.

Die eigentliche Amtsentziehung dagegen bedeutet die Aufhebung der Wirkung der Amtsübertragung. Vermöge der fortdauernden Dienstpflicht kann immer das alte Amt oder ein in ihrem Rahmen liegendes neues Amt übertragen werden, bindend für den Dienstpflichtigen ohne weiteres. Das ist aber immer ein neuer selbständiger Akt von derselben Art wie die ursprüngliche Amtsübertragung.

3. Wie der Amtsübertragung die Amtsentziehung, so entspricht der Anstellung im Staatsdienste die Endigung des Dienstverhältnisses; war mit jener die Möglichkeit des Amtes gegeben, so erlischt es mit dieser von selbst.

---

[16] So wurde insbesondere angenommen, dafs bei Beamten der Selbstverwaltungskörper, sog. mittelbaren Staatsbeamten, nach preufs. R. eine Stellung zur Verfügung nicht zulässig ist, da das Ges. vom 21. Juli 1852, welches dieses Recht der Amtsentziehung gewährt, auf sie nicht Bezug hat; Fr. Seydel, Dienstvergehen S. 274.

[17] Ein solcher Vorbehalt wäre also zulässig bei preufs. Selbstverwaltungsbeamten. Reichsbeamte dagegen können wohl nach R.B.G. § 2 auf Kündigung oder Widerruf angestellt werden, nicht aber mit Vorbehalt der Stellung zur Verfügung über die Fälle der §§ 24 und 25 hinaus.

[18] G. Meyer, St.R. S. 481, will auch eine Untersagung von Amtsfunktionen „wegen Unzuträglichkeiten", also nach freiem Ermessen zulassen, wenn Gefahr im Verzuge ist. Die Bestimmungen, worauf er sich beruft (R.B.G. § 131, Preufs. Ges. v. 21. Juli 1852 § 54, Württemb. Staatsdienerges. Art. 114 u. s. w.), besagen aber blofs, dafs in den Fällen, in welchen eine Dienstenthebung wegen strafgerichtlichen oder disciplinarischen Verfahrens ordentlicherweise durch die oberste Verwaltungsbehörde ausgesprochen werden könnte, bei Gefahr auf Verzug auch ein näherer Vorgesetzter mit dieser Mafsregel vorgehen darf. Es handelt sich also um eine blofse Zuständigkeitsverschiebung. Die Gründe der einstweiligen Amtsentziehung werden dadurch nicht erweitert.

Wir werden, wie beim civilrechtlichen Dienstverhältnisse, ordentliche und aufserordentliche Endigungsgründe unterscheiden.

Ordentliche Endigungsgründe können bei der Anstellung besonders vorgesehen sein. Der Verwaltungsakt, der das Rechtsverhältnis bestimmt und begründet, ist fähig, alle Nebenbestimmungen aufzunehmen, die sich mit der Natur des Rechtsverhältnisses vertragen und nicht gesetzlich ausgeschlossen sind. Die Unterwerfung des Ernannten, die ihn überhaupt gültig macht, ist auch hierfür die Voraussetzung. Es giebt demnach Anstellungen auf bestimmte Zeit[19], auf Kündigung mit bestimmter Frist, auf bedingten Widerruf[20], auf freien Widerruf. Derartig beschränkte Anstellungen sind nur für gewisse Arten von Ämtern, d. h. von dazu gehörigen Dienstpflichten, üblich, namentlich wo es sich um niedere Dienste handelt. Sie können aber auch eine Übergangszeit bedeuten, die der Beamte durchzumachen hat, und in diesem Sinne haben sie ein umfassenderes Anwendungsgebiet.

Den Gegensatz dazu bildet die als Regel anzusehende endgültige Anstellung. Wenn das Gesetz für gewisse Ämter eine endgültige Anstellung vorschreibt, so bedeutet das, dafs der auf Zeit oder Kündigung Angestellte diese Ämter nicht versehen soll und die Anstellung selbst, die in solcher Weise für ein derartiges Amt geschah, ungültig ist[21].

Wenn der Dienstvertrag über die Endigung nichts besonderes bestimmt, so würde für ein civilrechtliches Dienstverhältnis, naturgemäfs und stillschweigend bedungen, beiderseits ein beschränktes Rücktrittsrecht, d. h. ein Recht der Kündigung bestehen, um mit angemessener Frist das Verhältnis zu lösen; Gesetz und Sitte bestimmen näher, welche Frist als bedungen gilt.

Im öffentlichrechtlichen Staatsdienstverhältnisse ist das anders, und zwar sind Herr und Diener ungleich behandelt.

Dem Staate steht ein Rücktritts- oder Kündigungsrecht überhaupt nicht zu; die einfache Entlassung des Staatsdieners ist ausgeschlossen. Das ist wenigstens für das jetzt geltende Recht

[19] So die Kapitulantenverträge nach Preufs. Kab.Ordre v. 8. Juni 1876.

[20] So der Widerruf wegen nicht bestellter Kaution; unten § 46, II n. 3.

[21] Das gilt insbesondere für richterliche Beamte gemäfs G.V.G. § 6. Die Urteile, die ein solcher Richter erliefse, wären nicht selbst ungültig. Denn auch die ungültige Ernennung ist rechtswirksam, so lange nicht Zurücknahme erfolgt oder ein Nachprüfungsrecht an ihr zur Geltung gebracht wird. C.Pr.O. § 513, 1 u. Stf.Pr.O. § 377, 1 enthalten ein solches nicht.

das Ergebnis, wie es sich aus einer scheinbar entgegengesetzten Auffassung von selbst entwickeln mufste.

Als man nämlich zu Beginn der neuen Zeit noch über die Frage: civilrechtlicher Dienstvertrag oder hoheitsrechtliche Auferlegung der Dienstpflicht, stritt, war man von beiden Seiten ziemlich einig, der Regierung ein weitgehendes freies Entlassungsrecht zuzugestehen. Aber auch der andere Grundsatz war allseitig zur Anerkennung gelangt: dafs dem ohne seine Schuld entlassenen Beamten der „Nahrungsstand“ nicht entzogen werden könne; der Anspruch auf Gehalt soll bestehen bleiben [22]. Er erhielt schliefslich seine feste Form als ein durch die Anstellung begründetes subjektives öffentliches Recht, das nur aus bestimmten Gründen entzogen oder beschränkt werden kann [23]. Demgegenüber hatte das Recht der freien Entlassung thatsächlich nur die Bedeutung der Möglichkeit eines Verzichtes auf die Gegenleistung. Das mochte einen Zweck haben, wo die Dienstentlassung dazu dienen sollte, eine Amtsentziehung vorzunehmen, und vor allem da, wo diese Gegenleistung wegen Dienstunbrauchbarkeit ohnedies keinen Wert mehr hatte [24].

Mit der weiteren Ausbildung des deutschen Beamtenrechts gestaltet sich aber beides wieder zu festen Rechtsinstituten: Dienstentlassung wegen Unbrauchbarkeit erhält ihre Bedingungen und Formen, Entziehung des Amtes wird in gewissem Mafse zulässig ohne Endigung der Dienstpflicht, und wo sie es nicht ist, kann sie nicht auf dem Umwege der freien Dienstentlassung bewirkt werden. Danach hat die freie Entlassung in der gegenwärtigen Ordnung der Dinge keinen Platz. Es bliebe für sie nur noch übrig der Fall des reinen Verzichtes: man könnte damit den dienstfähigen Mann, dem das Amt schon entzogen ist, überdies noch von der Dienstpflicht, d. h. von der Pflicht, sich neu zu einem Amte verwenden zu lassen, befreien und was er an Gehalt zu fordern hat, so fortzahlen. Das hat keinen Sinn mehr [25].

---

[22] Goenner, Staatsdienst S. 276. Er hat nicht etwa nur eine freie Zur-Verfügung-Stellung im Auge. Die fortdauernde Bereitwilligkeit zur Dienstleistung, womit er die Fortdauer der Besoldung begründet, ist nur seine „präexistierende Staatsverbindlichkeit“, die allen Unterthanen obliegt.

[23] Bezeugt in R.G. 11. Okt. 1883 (Samml. X S. 183). Vgl. auch Zachariae, St.R. II S. 135, II.

[24] Aus der Übergangszeit: bekundet diesen Gedankengang Perthes, der Staatsdienst in Preufsen S. 152 ff.

[25] G. Meyer, St.R. S. 475, glaubt hier noch zwei gleichwertige Systeme neben einander in Gültigkeit zu sehen: das des Ausschlusses der freien Entlassung, wie es in der Mehrzahl der deutschen Staaten gilt, und das der freien Entlassung

Dagegen ist der Staatsdiener seinerseits jederzeit befugt, das Dienstverhältnis durch seinen Rücktritt zur Endigung zu bringen. Die Gesetze, welche diesen Punkt ausdrücklich behandeln, erkennen das übereinstimmend an mit der selbstverständlichen Folge, dafs damit auch alle Ansprüche auf fernere staatliche Leistungen erlöschen. Dieses Rücktrittsrecht besteht aber nach Theorie und Praxis auch da, wo das Gesetz nichts davon sagt. Das erklärt sich nur so, dafs es als stillschweigender Inhalt des Anstellungsaktes gilt. Dieser ist es, der, soweit das Gesetz nichts verfügt, das Rechtsverhältnis bestimmt. So gut er Befristungen oder Kündigungsklauseln beifügen kann, kann er auch dem Dienstpflichtigen die rechtliche Möglichkeit geben, sich jederzeit zu befreien; dann ist die Dienstpflicht nur mit dieser Mafsgabe begründet. Das könnte durch eine ausdrückliche Klausel geschehen. Es kann ebensowohl stillschweigend geschehen. Es kommt nur darauf an, ob aus den Umständen geschlossen werden kann, dafs dieses der Wille des Aktes ist. An Umständen, die einen derartigen Schlufs gestatten, fehlt es hier sicherlich nicht. Dafür spricht schon das Vorbild des civilrechtlichen, auf unbestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrages, und mehr noch die Thatsache, dafs solches für andere deutsche Staatsdienste kraft gesetzlicher Ordnung Brauch ist. Wenn nichts gesagt ist, ist anzunehmen, dafs man nicht davon abweichen wollte[26].

Ob ausdrücklich im Gesetze vorgesehen, ob stillschweigend im

---

mit Gehaltsfortbezug, d. h. mit Pension. Von den Beispielen, die in früheren Auflagen angeführt waren, ist jetzt nur noch das bayrische und das hessische Recht übrig geblieben. Das hessische Recht bedeutet aber, wie er selbst anerkennt (2. Aufl. S. 447), vielmehr nur eine Zur-Verfügung-Stellung. Für das bayrische Recht gilt allerdings Staatsdiener-Ed. § 19, wonach die Regierung dem Staatsdiener jederzeit „mit Belassung des Standesgehaltes" die „Dimission" geben kann. Das ist freie Dienstentlassung. Das ist aber auch, wie Rehm in Annalen 1885 S. 208 richtig bemerkt, die Theorie von Gönner, die da zum Gesetz erhoben ist, und, fügen wir hinzu, in dieser Gestalt ihre Zeit überdauert. — Für das Amt des Ministers, das ja überhaupt eine Ausnahmestellung einnimmt, ist neben der freien Amtsentziehung auch die freie Dienstentlassung allgemeiner angenommen: G. Meyer, St.R. S. 476.

[26] Den wichtigsten Fall dieser Art bietet das R.B.G., welches ein Rücktrittsrecht des Beamten nicht erwähnt. Gleichwohl ist die herrschende Meinung, dafs ein solches auch für die Reichsbeamten besteht. Meist sucht man das wieder durch ein Gewohnheitsrecht zu erklären: G. Meyer, St.R. S. 468; Rehm in Annalen 1885 S. 203; Laband, St.R. I S. 501 (3. Aufl. S. 478). Dagegen mit Recht Loening, V.R. S. 134 Anm. 1. Aber zu weit geht dieser, wenn er deshalb dem Reichsbeamten das Recht auf Entlassung abspricht. Es kommt blofs darauf an, dafs man sich gewöhne, mit dem Verwaltungsakte der Anstellung im Staatsdienste als mit einem lebendigen Rechtsgeschäfte zu rechnen.

Anstellungsakte begründet, immer bedeutet das Rücktrittsrecht des Beamten nur, dafs er einen Anspruch hat, auf sein Entlassungsgesuch von der Behörde entlassen zu werden. Im öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisse ist immer der Wille der öffentlichen Gewalt der überwiegende; sie ist es, die in der Anstellung seinen Anfang setzt, sie allein setzt ihm auch das Ende. Der Wille des Unterthanen ist nur die Voraussetzung der Gültigkeit des Aktes, oder Voraussetzung der rechtlichen Gebundenheit, mit welcher er zur Entstehung gebracht wird. So endigt hier das Dienstverhältnis nicht durch die Rücktrittserklärung des Beamten, sondern durch den Entlassungsakt. Dieser mufs ergehen, sobald die Entlassung nachgesucht ist. Verweigerung ist Unrecht, läfst aber das Dienstverhältnis rechtlich wirksam bestehen, bis durch Aufhebung dieses rechtswidrigen Aktes und Gewährung der Entlassung das Unrecht wieder gut gemacht ist.

Der Entlassungsakt ist aber nicht schlechthin gebunden. Die Gesetzgebung ermächtigt zum Teil ausdrücklich die Behörde, die Entlassung vorläufig zu verweigern, wenn das Interesse des Dienstes das Verbleiben des Beamten erheischt. Darin ist nicht etwa eine besondere Strenge der Dienstpflicht zu sehen. Es ist nichts anderes als die Übersetzung des civilrechtlichen Verbotes der Kündigung zur Unzeit ins Öffentlichrechtliche. Ob intempestive gekündigt ist oder nicht, darüber entscheidet wieder der stärkere Wille im Rechtsverhältnis einseitig. Daher wird die einstweilige Verweigerung der Entlassung auch da für zulässig und wirksam erachtet werden müssen, wo das Gesetz sie nicht besonders vorsieht[27]. —

Aufserordentliche Endigungsgründe ergeben sich daneben aus gewissen Störungen, welche das Dienstverhältnis erleidet. Sie sind sämtlich Seitenstücke der Auflösung des civilrechtlichen Dienstvertrages wegen Unmöglichkeit der Erfüllung. Der Staat ist immer erfüllungsfähig; die Unmöglichkeit kann nur entstehen auf seiten des Beamten. Sie ist entweder Unwürdigkeit oder Unfähigkeit.

Erstere kommt zur Geltung in Form der Dienstentlassung im Disciplinarverfahren (unten § 45 S. 243) oder als Folge gerichtlicher Verurteilung im Strafprozesse, vom Gesetze

[27] Eine Zusammenstellung der verschiedenen Formen, in welchen die Rücksicht auf das Interesse des Dienstes hier gewahrt wird, bei Rehm in Annalen 1885 S. 203. — Dem Beamten kann für sein Entlassungsgesuch die Einhaltung einer Kündigungsfrist allgemein vorgeschrieben sein (Bad. Ges. v. 26. Mai 1876 Art. 5); dann wird eine weitere Verzögerung thatsächlich unnötig werden, rechtlich ausgeschlossen ist sie wohl auch hier nicht.

von selbst daran geknüpft oder durch das Gericht besonders auszusprechen[28].

Die Dienstunfähigkeit endigt das Dienstverhältnis durch einen darauf gegründeten Ausspruch der Behörde, die Verabschiedung, Pensionierung, Quiescierung, Emeritierung, Zur-Ruhe-Setzung. Sie geschieht in geordnetem Verfahren von Amtswegen oder auf Antrag des Beamten, der unter dieser Voraussetzung einen Rechtsanspruch hat, daſs die Entlassung nicht schlechthin, sondern mit der besonderen Begründung erteilt werde, weil sie alsdann verbunden ist mit der Fortdauer eines Teiles seines Gehaltsanspruchs, mit dem Anspruch auf Ruhegehalt (unten § 46, I n. 1)[29].

III. Neben dem Staatsdienstverhältnis steht wie neben dem Ehrenamt eine verwandte Erscheinung, minder bedeutsam und mit abgeschwächten Rechtsformen. Es ist das Verhältnis derjenigen Leute, welche dazu bestimmt sind, künftighin in den Staatsdienst zu treten und einstweilen praktisch dazu vorbereitet werden sollen, der Referendarien, Supernumerare, Lehrlinge des Forst- und Jagdwesens.

Zu diesem Zwecke treten sie in den Dienst des Staates, werden bei einer Behörde beschäftigt und finden in dem Geschäftskreise derselben mancherlei Verwendung. Dabei bekommen sie meist dasselbe zu thun, was neben ihnen Beamte dieses Dienstzweiges kraft ihrer Amtspflicht verrichten. Ihre Thätigkeit ist aber dem Hauptzwecke nach ihrer eigenen Ausbildung, nicht der Besorgung von Geschäften des Staates gewidmet; sie erfüllen die öffentlichrechtliche Dienstpflicht, die ihnen obliegt, an sich selbst, vor allem in der Gewöhnung daran, eine solche Dienstpflicht zu haben. Sie gleichen in dieser Beziehung den kraft gesetzlicher Heerdienstpflicht einberufenen Soldaten, die ja auch zu mancherlei Geschäften verwendet werden um ihrer Ausbildung willen. Sie sind Beamte so wenig wie diese[30].

---

[28] Stf.G.B. §§ 31—36, 81, 83, 84, 87—91, 94, 95. Der „Verlust der von dem Verurteilten bekleideten Ämter" bedeutet vielmehr Aufhebung des Dienstverhältnisses, womit der Verlust des Amtes sich von selbst verbindet.

[29] Das ist allerdings nicht unbedingt der Fall; vgl. G. Meyer, St.R. S. 474. Statt der Verabschiedung wegen Dienstunfähigkeit kann das Gesetz auch bloſs Amtsentziehung aus diesem Grunde anordnen lassen (Württemb. Staatsdienerges. art. 22; Bad. Ges. v. 26. Mai 1876 Art. 7; vgl. oben Note 15). Da ist dann Wiedereinberufung zum Amte vorbehalten, die aber der Beamte wegen noch fortdauernder Unfähigkeit muſs anfechten können.

[30] Es ist nur gesellschaftliche Rücksichtnahme, wenn man namentlich den Referendarien eine Art von Beamteneigenschaft zuerkennt. F. Seydel, Dienstvergehen, sagt von ihnen (S. 264): „sie sind, wenn man sie einmal Beamte nennen

Die Begründung des Dienstverhältnisses geschieht durch Ernennung. Die Ernennung setzt voraus die Erfüllung gewisser Bedingungen betreffs der Vorbildung; sodann die Einwilligung des zu Verpflichtenden, welche in Gestalt eines Gesuchs erscheinen wird. Die Ernennung bekundet durch sich selbst das Vorhandensein dieser Voraussetzungen ihrer Gültigkeit. Sie ist juristisch ganz so gestaltet wie der sogenannte Staatsdienstvertrag; wenn die Sprache folgerichtig wäre, müfste man hier von einem Staatslehrlingsvertrage reden.

Der zweite Akt, die Übertragung eines Amtes, fehlt. Mit der Ernennung wird die Pflicht begründet, sich entsprechend verwenden zu lassen, und die Verwendung geschieht durch Überweisung an eine bestimmte Behörde zur Beschäftigung. Ernennung und Überweisung kann sich verbinden. Wenn die beschäftigende Behörde selbst zur Ernennung berechtigt ist, erscheint beides zusammen als die Annahme des Supernumerars, Lehrlings u. s. w. Die Überweisung vertritt die Zuteilung zu einem bestimmten Truppenteil beim Heerdienst. Mit dem thatsächlichen Dienstantritt beginnt die aktive Dienstpflicht: Vereidigung, Dienstgewalt des Vorgesetzten, Gehorsamspflicht, Disciplin.

Da ein Amt nicht besteht, giebt es auch keine Amtsentziehung in ihren verschiedenen Gestaltungen. Die einzelnen Geschäfte werden von dem Vorgesetzten formlos übertragen und wieder abgenommen.

Die Endigung dieser Dienstpflicht ist von selbst enthalten in der Anstellung. Aufserdem erfolgt sie durch einfache Entlassung. Der Pflichtige hat jederzeit das Recht, diese zu verlangen; wenn das Interesse des Dienstes es erfordert, kann sie auch hier verzögert werden.

Bei der Frage, ob die Entlassung auch gegen seinen Willen erteilt werden kann, wird die besondere Art des Dienstverhältnisses wieder in Betracht kommen. Rücksichten eines Rechts aufs Amt oder eines unentziehbaren Gehaltsanspruchs bestehen hier nicht. Aber das ganze Dienstverhältnis selbst ist begründet zum Zwecke der Ausbildung wesentlich im Interesse des Dienstpflichtigen selbst, nicht des Staates. Der Staat kann deshalb nicht ohne weiteres darauf verzichten; eine einfache Entlassung vor Erreichung dieses Zieles stünde in Widerspruch mit dem, was die Ernennung gewähren wollte.

Es ist also nur eine Entlassung aus besonderen Gründen möglich: wegen Unwürdigkeit oder Unfähigkeit. Das erstere wird hier nach

---

will, doch nur solche, die auf Probe angestellt sind." Auch das ist nicht wahr; eine Anstellung auf Probe ist nicht denkbar, wo amtlich schon feststeht, dafs der Mann zur Zeit zum Beamten nicht fähig ist.

denselben Gesichtspunkten zu behandeln sein, wie beim wirklichen Staatsdiener, nur ist das Verfahren hier formloser, patriarchalischer. Die Unfähigkeit dagegen kann nur in entsprechender Umgestaltung als Entlassungsgrund wirken; denn sie ist ja bei Begründung des Verhältnisses vorausgesetzt und soll durch dieses mit seiner erziehlichen Kraft erst gehoben werden. An ihre Stelle tritt deshalb der Mangel an den zu fordernden Fortschritten, der das ganze Unternehmen als zwecklos erscheinen läfst[31].

§ 45.

Fortsetzung; die Dienstgewalt.

Die öffentliche Dienstpflicht, wie sie auch entstanden sein mag, begründet eine besondere rechtliche Macht, die namens des Staates oder des Selbstverwaltungskörpers über den Dienstpflichtigen geübt wird, um ihn in der richtigen Erfüllung seiner Pflichten zu halten und zu leiten. Diese Macht ist die Dienstgewalt. Die amtliche Stelle, welche dem einzelnen Dienstpflichtigen gegenüber berufen ist, diese Macht zu üben, ist seine Dienstbehörde, sein Dienstvorgesetzter.

Die Dienstgewalt entfaltet sich dabei in zweierlei Formen: in Dienstbefehl und in Dienststrafgewalt oder Disciplin.

I. Der Dienstbefehl.

Der Inhalt der Dienstpflicht ist teils rechtssatzmäfsig gegeben, teils durch den Verwaltungsakt, der sie begründete, im allgemeinen bestimmt.

Die Folgerungen daraus richtig zu ziehen für das, was nun im einzelnen zu thun ist, ist selbst ein Stück der Dienstpflicht. Diese Folgerungen können aber auch gezogen werden durch Anweisungen, die der Dienstherr erteilen läfst.

Die öffentliche Dienstpflicht ist ein Gewaltverhältnis (Bd. I S. 101 ff.)[1]; die Anweisung ist die darauf gegründete bindende Be-

---

[31] So für Referendare das Preufs. Ges. v. 21. Juli 1852 § 84. Wegen der Entlassung von Supernumeraren: Fr. Seydel, Dienstvergehen S. 265 ff. Die besonderen Voraussetzungen der Entlassung werden bei der Annahme zu Protokoll festgestellt und kundgegeben. Wiederum eine „vertragsmäfsige“ Festsetzung, wenn man so reden will.

[1] Mit Recht spricht Laband, St.R. I S. 408 u. 412 (3. Aufl. S. 386, 387 u. 391), hier abwechselnd von „Gewaltverhältnis“ und „öffentlichem Dienstverhältnis“. Ebenso Rehm in Annalen 1885 S. 146.

stimmung des Verhaltens des Untergebenen; sie hat die Natur des Befehls (Bd. I S. 271); Dienstbefehl heifst sie nach der Art des Gewaltverhältnisses, auf das sie sich gründet. Sie kann als Einzelbefehl gegeben werden für den bestimmten Fall, aber auch als allgemeine Regel: Dienstvorschrift, Instruktion, Armeebefehl. Letzterenfalls ist sie kein Rechtssatz. Die für solche bestehenden formellen Veröffentlichungsregeln gelten nicht für sie; sie wird dienstlich bekannt gemacht, d. h. in einer Weise, die genügt, damit der Dienstpflichtige, wenn er seine Schuldigkeit thut, sich Kenntnis davon verschaffen kann[2]. Sie hat auch nicht den Vorrang des Rechtssatzes gegenüber dem Einzelakte: der Einzeldienstbefehl, der den Fall unmittelbarer und bestimmter erfafst, geht der allgemeinen Dienstvorschrift vor[3].

Die Wirkung des Dienstbefehls ist die Pflicht zum dienstlichen Gehorsam. Die Nichtbefolgung des Befehls ist Verletzung der Dienstpflicht, kraft deren er erlassen ist, und hat die darauf gesetzten Nachteile zur Folge[4].

---

[2] Vgl. Bd. I S. 104. 437. Ein anschauliches Beispiel bietet die „Publikation" der Heerordnung im Armeeverordnungsblatt 1888 S. 226.

[3] Wie bei den finanzrechtlichen Gewaltverhältnissen: Bd. I S. 446. Damit hängt zusammen, dafs man unter dienstlichem Ungehorsam i. e. S. nur die Nichtbefolgung eines Einzelbefehls versteht, die auch mit besonderer Strafbarkeit verbunden ist; Hecker in Gerichtssaal XXI S. 506. — Die dienstlichen Einzelbefehle können auch von Vorgesetzten ausgehen, welchen der Sprachgebrauch behördliche Stellung nicht zuerkennt; es widerstrebt diesem, einen Bureauvorsteher oder Unteroffizier als Behörde zu bezeichnen. Wenn man von der „vorgesetzten Dienstbehörde" spricht, so hat man immer eine höhere Stelle im Auge von dem äufseren Rang und Ansehen der allgemeinen Verwaltungsbehörden. Gleichwohl haben auch diese Dienstbefehle die Kraft und rechtliche Natur von Verwaltungsakten. Nach dem Bd. I S. 96 angenommenen Zusammenhang zwischen den beiden Begriffen, müssen wir also feststellen, dafs im Gewaltverhältnisse auch eine geringwertige Stelle als Behörde wirkt. Das ist wieder eine Besonderheit desselben, die uns in der Lehre von der Anstaltsgewalt (unten § 52, II) in noch gröfserem Umfange entgegentritt.

[4] Ohne solche Folgen wäre es kein Befehl; vgl. Bd. I S. 283. — Ganz unrichtig ist es, wenn man Gehorsam und Dienstpflicht einfach für gleichbedeutend erklären will. So Schulze, Preufs. St.R. I S. 315. Das gäbe eine schlechte Pflichterfüllung, wo nichts geschähe, als was befohlen ist! Der Begriff des dienstlichen Gehorsams umfafst übrigens nicht einmal alle Amtspflichten, welche durch ausdrückliche Vorschriften und Befehle bestimmt sind; Befehle können dem Beamten gegeben werden, wie jedem Unterthanen durch Rechtssatz des Gesetzes oder der Verordnung. Von dienstlichem Gehorsam spricht man aber nur gegenüber solchen Befehlen, welche auf dem besonderen Grunde der Dienstpflicht und der Dienstgewalt beruhen; Seydel, Bayr. St.R. III S. 390.

Der Dienstvorgesetzte seinerseits kann auch auf Grund des Gewaltverhältnisses nicht schlechthin befehlen, was er will. Sein Befehlsrecht hat gewisse Grenzen, innerhalb deren allein es rechtswirksam ist. Ob sie eingehalten sind, darüber steht dem Dienstpflichtigen ein Prüfungsrecht zu. Sie sind zugleich die Grenzen des dienstlichen Gehorsams[5].

Die Frage ist, wie sie zu ziehen sind.

1. Damit die dienstliche Gehorsamspflicht entstehe, ist notwendig, dafs der Befehl, der vorliegt, überhaupt in Gestalt eines Dienstbefehls für diesen Pflichtigen auftrete[6]. Dazu gehört:

dafs er ausgehe von seinem Dienstvorgesetzten; darüber kann ein Bedenken nicht entstehen. Und sodann:

dafs er dem Inhalt nach das dienstliche Verhalten betreffe, d. h. etwas vorschreibe, was denkbarerweise noch in der Dienstpflicht begriffen ist[7].

In letzterer Beziehung sind ausgeschlossen Dienstleistungen, welche der Art der obliegenden Geschäfte ganz fern stehen, oder die nur im persönlichen Interesse des Befehlenden verlangt sind. Andererseits ist auch das Privatleben des Dienstpflichtigen kein möglicher Gegenstand: sein Verhalten darin ist dienstlich nicht gleichgültig, aber es

---

[5] Soweit kein Prüfungsrecht besteht, die Gehorsamspflicht also schlechthin begründet ist, deckt auch der Befehl zu ungesetzlichen Handlungen den Untergebenen gegen Verantwortlichkeit nach aufsen (Bd. I § 17, I n. 1), und ist die Amtshandlung gegenüber dem Widerstande als eine rechtmäfsige angesehen (Bd. I § 25, I n. 2). Wir geben also hier zugleich eine Ergänzung zu diesen beiden Lehren; Binding, Stf.R. I S. 805.

[6] Seydel, Bayr. St.R. III S. 391: „In diesem formellen Sinne hat sonach derjenige, dem ein Befehl als Dienstbefehl erteilt wird, das Recht und die Pflicht zu prüfen, ob ein Dienstbefehl vorliege.“

[7] Laband, St.R. I S. 442 (3. Aufl. S. 420), führt drei Punkte an, worauf es ankommt: der Befehl mufs in vorschriftsmäfsiger Form erteilt sein, der Befehlende mufs im allgemeinen zuständig sein zum Befehl und der Untergebene zu der aufgetragenen Handlung. Formen des Dienstbefehls werden kaum nachzuweisen sein. Auch würden wir nicht sagen: der Untergebene habe seine eigene Zuständigkeit zu prüfen und ob er „zur Vornahme derartiger Handlungen überhaupt befugt ist“. Es kommen doch nicht blofs Wirksamkeiten nach aufsen in Betracht, sondern ebensowohl Geschäftsbesorgungen im inneren Betrieb: eine Ausarbeitung machen, ein Amtszimmer aufräumen, beim Soldaten Marschübungen und Griffe. Das sind ebenfalls Gegenstände eines möglicherweise zu prüfenden Dienstbefehls, aber von Zuständigkeit und Befugnis des Untergebenen ist keine Rede. Hinter diesen äufserlichen Verschiedenheiten der Ausdrucksweise steckt aber ein innerer Gegensatz, auf den wir zurückkommen werden. — Wie Laband auch Rehm in Annalen 1885 S. 83; Zorn, St.R. I S. 237; Freund in Arch. f. öff. R. I S. 135 ff.; Seydel, Bayr. St.R. III S. 391; im wesentlichen auch G. Meyer, St.R. S. 450.

kann nicht durch Dienstbefehl näher bestimmt werden. Vor allem hat die dienstliche Gehorsamspflicht ihre Grenze am Strafgesetze: eine Handlung, durch welche der Dienstpflichtige sich strafbar machte, kann nie in seiner Dienstpflicht liegen, also ist ein Dienstbefehl in dieser Richtung unmöglich[8].

Alles, was nicht in solcher Weise aus dem Rahmen der Dienstpflicht überhaupt herausfällt, kann dem Dienstpflichtigen rechtsverbindlich befohlen werden. Es genügt, dafs der Dienstvorgesetzte mit seinen Befehlen ihm gegenüber noch innerhalb jener allgemeinen Zuständigkeit sich befinde; dann ist für die Frage der Angemessenheit und Zulässigkeit des Befehls seine Willensmeinung allein mafsgebend und mufs es vernünftigerweise sein[9].

2. Das Prüfungsrecht des Untergebenen gegenüber dem Dienstbefehl soll sich aber noch auf mehr erstrecken. Dieses Mafs richtig abzugrenzen, ist die Schwierigkeit.

Mit dem Aufkommen des neuen Staatsrechts hat sich erklärlicherweise zunächst überall eine gewisse Sucht zur Überbietung seiner Grundsätze entwickelt. So entstand der Satz, dafs jeder Beamte für die Gesetzmäfsigkeit auch der von ihm ausgeführten Anordnungen seiner Vorgesetzten verantwortlich, folglich befugt, ja verpflichtet ist, diese nachzuprüfen und den Gehorsam zu verweigern, wenn er findet, dafs es damit nicht in Ordnung sei. Auf diese Weise glaubt man eine neue Garantie für die unbedingte Herrschaft des Gesetzes gefunden zu haben: jeder Beamte ist ja nun zum Hüter desselben bestellt seinem Vorgesetzten gegenüber[10].

---

[8] Goenner, Staatsdienst S. 208; Seydel, Bayr. St.R. III S. 390 Anm. 3; R.G. Stf.S. VI S. 439. — Eine Form, die Gehorsamspflicht zu erweitern, ist es daher, wenn das Gesetz den Befehl als Strafausschliefsungsgrund bei sonst strafbaren Handlungen giebt. So Mil.Stf.G.B. § 47. Die Kraft des militärischen Dienstbefehls beruht gerade darauf, dafs alle die oben angeführten Grenzen bei ihm zurückweichen; die Dienstpflicht des Soldaten geht nicht nur über das Strafgesetz hinaus, sondern ist auch sonst in ihrem Umfang schwer begrenzbar und läfst von Privatleben wenig übrig.

[9] Laband, St.R. I S. 442 (3. Aufl. S. 420), betont in diesem Sinne das „Formelle" des Dienstbefehls als den einzigen Gegenstand der Prüfung. Hierin erscheint übrigens am Dienstbefehl nur wieder die Eigentümlichkeit des Verwaltungsaktes überhaupt; vgl. Bd. I § 8 S. 100 und Note 7, § 20 S. 281. 282.

[10] Perthes, Der Staatsdienst S. 126: „Keine Behörde darf das bestehende Recht durch eine ihm widersprechende Anordnung aufheben. Geschieht es dennoch, so darf kein Beamter einer solchen Anordnung Folge leisten". Von Neueren: Loening, V.R. S. 122 Anm. 5; v. Stengel, Preufs. St.R. S. 146. Auch G. Meyer mufs dahin gerechnet werden, wenn er (St.R. S. 450) unter den unverbindlichen Dienstbefehlen aufzählt „Verfügungen, welche dem klaren Wortlaute

Thatsächlich hat sich das nie so durchführen lassen; es wäre auch die verkehrte Welt und eine völlige Verkennung der Kraft des Dienstbefehls: in diesem soll doch gerade dem Untergebenen mafsgebend erklärt werden, was er rechtmäfsig und gesetzmäfsig kraft seiner Dienstpflicht zu thun hat; darauf mufs er bauen können, danach mufs er sich aber auch richten, sonst hat die Dienstbefehlsgewalt keinen Wert [11].

In naturgemäfsem Rückschlage gegen diese Übertreibungen will die jetzt herrschende Meinung dem Untergebenen ein Prüfungsrecht nur gestatten bezüglich der Frage der allgemeinen Zuständigkeit. Darin wären die bereits oben n. 1 aufgestellten Voraussetzungen des Vorhandenseins eines wirksamen Dienstbefehls begriffen. Es ist aber noch etwas weiteres damit gemeint, was darüber hinausgeht. Der Untergebene soll nicht blofs die Zuständigkeit seines Vorgesetzten prüfen ihm selbst gegenüber, die Zuständigkeit zum Dienstbefehl, sondern es ist vor allem gemeint die Zuständigkeit nach aufsen, den anderen Unterthanen gegenüber, auf welche der Vorgesetzte durch das Mittel des Untergebenen einwirken will [12]. Es ist also die alte Lehre, wenn auch sehr abgeschwächt: der Untergebene ist auch hiernach zum Hüter der Rechtsordnung gegenüber seinem Vorgesetzten berufen, indem er bei Verletzung derselben den Gehorsam verweigern

eines Gesetzes widersprechen". Denn es kommt auch hier wieder nur darauf an: wer entscheidet, was der klare Wortlaut des Gesetzes besage, der Dienstbefehl oder die Meinung des Untergebenen?

[11] Perthes a. a. O. bemerkt darum selbst: die Vorgesetzten brauchten sich aber durchaus nicht jede Gehorsamsverweigerung wegen ungesetzlicher Anordnung gefallen zu lassen, sonst „würde Regierung unmöglich sein". Die Lösung des Widerspruches, in welchen er dadurch gerät, erhofft er nur vom „guten Geiste des Beamtenstandes".

[12] Laband, St.R. I S. 443 ff. (3. Aufl. S. 422 ff.); Seydel, Bayr. St.R. III S. 391; Zorn, St.R. I S. 237. Weil man wesentlich diese äufsere Seite im Auge hat, verlangt man „Zuständigkeit der vorgesetzten Behörde in territorialer und sachlicher Beziehung", wo doch der Dienstbefehl nur eine persönliche Beziehung hat, „Zuständigkeit oder Befugnis des Untergebenen", die Anordnung zu vollziehen, während es sich für uns möglicherweise nur um Geschäfte des inneren Dienstes handelt (oben Note 7), spricht man von einer „Vollstreckung" des Befehls, womit doch nicht die Gehorsamsleistung gegen den Dienstbefehl gemeint sein kann. Auch dafs man als besonderen Gegenstand des Prüfungsrechtes des Untergebenen die Einhaltung der vorschriftsmäfsigen Formen für die „ihm erteilten Vorschriften" aufführt, erklärt sich nur daraus, dafs man stillschweigend an die Stelle des Dienstbefehls die zu vollstreckende Anordnung schiebt. Sonst könnte man als Beispiel nicht die Beobachtung der Formen der Urteilsausfertigung einführen (Laband, St.R. 3. Aufl. I S. 421 Note 2). Vgl. über ähnliche Verwechslungen bei der Frage der „rechtmäfsigen Amtshandlung" Bd. I § 25 Note 9.

soll; nur wacht er, statt über die Gesetzmäfsigkeit der Amtshandlung des Vorgesetzten schlechthin, lediglich über diesen einen besonders hervorgehobenen Punkt. Diese Ansicht unterliegt aber immer noch den gleichen Bedenken, wie jene erste weitergehende: wenn einmal ein Dienstbefehl vorliegt, so mufs seine Rechtsauffassung bezüglich der auszuführenden Mafsregel für den Untergebenen auch in dieser Frage der allgemeinen Zuständigkeit mafsgebend sein. Überdies ist der Untergebene ja meist thatsächlich gar nicht in der Lage, den Akt, zu dessen Durchführung er herangezogen wird, zu würdigen. Das Prüfungsrecht, das ihm daran eingeräumt sein soll, würde praktisch kaum von Bedeutung werden.

Um was es sich hier handelt, was wirklich als eine weitere Schranke des dienstlichen Gehorsams in Betracht kommt, das hängt allerdings mit einer Frage der besonderen Zuständigkeit zusammen, aber mit einer besonderen Zuständigkeit zur Bestimmung der Dienstpflicht des Untergebenen.

Der Dienstbefehl, selbst wenn die Voraussetzungen unter n. 1 gegeben sind, ist unwirksam und der Gehorsam kann ihm verweigert werden, wenn er zusammenstöfst mit einem stärkeren Dienstbefehl. Der Dienstpflichtige kann mehrere Dienstvorgesetzte haben, die ihrerseits in der Stufenfolge der Behördenordnung stehen: wenn ihm der obere Dienstvorgesetzte befiehlt, so ist er von dem Gehorsam gegenüber dem widersprechenden Befehle des unteren entbunden. Er kann auch mehreren Verwaltungszweigen, vertreten durch verschiedene Behörden, zu dienen haben; seine Sache ist es nicht, zu scheiden, was jeder zukommt, und etwa den Gehorsam zu verweigern, weil er in dem Befohlenen einen Übergriff in den Geschäftskreis der anderen Behörde zu sehen glaubt; aber wenn beide befehlen, so hat er nur der zu gehorchen, deren Geschäftskreis die Sache zunächst angeht. Der Konflikt der Dienstbehörden nötigt ihn zur Prüfung und giebt ihm das Recht dazu. Der Dienstbefehl der schwächeren Behörde, der an sich als solcher wirken würde, wird hier wieder durch das stärkere Recht der anderen verdrängt.

Ein solches stärkeres Recht, den Inhalt der Dienstpflicht im einzelnen zu bestimmen, kann nun aber auch dem Dienstpflichtigen selbst gegeben sein. Das ist nur bei gewissen Arten von Ämtern der Fall, und auch bei ihnen immer nur bezüglich bestimmter Arten von amtlichen Verrichtungen. Die gute Ordnung des Dienstes wird hier gerade darin gesucht, dafs der Untergebene selbständig und auf eigne Verantwortlichkeit bestimme, was er zu thun hat. Er ist sich so zu

sagen selbst Dienstbehörde. So weit das der Fall ist, sprechen wir von amtlicher Selbständigkeit.

Das einleuchtendste Beispiel bieten die richterlichen Beamten. Auch sie stehen unter der Dienstgewalt und können Dienstbefehle erteilt bekommen. Aber bezüglich der eigentlichen rechtsprechenden Thätigkeit sollen sie selbständig finden, was ihre Pflicht ist. Der Dienstbefehl eines Vorgesetzten, der hierfür erginge, wird als eine unzulässige Einmischung bezeichnet. Er stöfst sich an jenes stärkere Recht und begründet deshalb keine Gehorsamspflicht[13].

Diese Einrichtung besteht nicht blofs für Civil- und Strafgerichte, sie ist unbedenklich auch anzuerkennen bei den Verwaltungsgerichten, ob das Gesetz es ausdrücklich bestimmt oder nicht. Amtliche Selbständigkeit im gleichen Sinne findet sich auch für eigentliche Verwaltungsämter besonders angeordnet[14], oder sie ergiebt sich von selbst aus der Natur der berufsmäfsigen Thätigkeit, z. B. aus dem Amtsauftrag zur Lehre der Wissenschaft. Namentlich ist das Ehrenamt, wie es z. B. in den sog. Beschlufsbehörden zur Verwendung kommt, im wesentlichen Kern seiner Thätigkeit ebenso selbständig gestellt, wie das des Berufsrichters. In umfassender Weise trifft dies ferner zu bei den Ämtern der Selbstverwaltungskörper, Berufs- und Ehrenämtern. Bei den Vollstreckungsbeamten besteht die amtliche Selbständigkeit wenigstens bezüglich der Einhaltung der Formvorschriften, an welche das Gesetz ihre Verrichtungen gebunden hat: der Gerichtsvollzieher, und wo er ihm gleich gestellt ist, der Exekutor darf zur Pfändung nur vorgehen auf Grund eines vollstreckbaren Titels in gehöriger Form, den er in Händen haben mufs, und kein Dienstbefehl kann ihm den ersetzen. Ebenso ist die Verhaftung von der Ausfertigung des Haftbefehls, die Aufnahme in eine Gefangenenanstalt von der Aushändigung der nötigen Papiere und Nachweise abhängig gemacht, so dafs der Vollzugsbeamte selbständig zu prüfen hat, ob er handeln darf und soll.

In dieser Weise stellt sich allerdings eine Art Hemmungsvorrichtung her, die auch einen politischen Wert haben mag. Aber die

---

[13] Seydel, Bayr. St.R. III S. 391 Anm. 1: „Kein Dienstbefehl ist also z. B. eine Weisung des Vorgesetzten an den Richter, die eine unzulässige Einmischung in die Rechtsprechung enthält.“ Ein Dienstbefehl in jenem „formellen Sinne“ Seydels (oben Note 6) wäre das doch, nur ein rechtlich unwirksamer.

[14] Vgl. z. B. den Diensteid der Mitglieder der Verwaltung des Reichsinvalidenfonds nach Ges. v. 23. Mai 1873 § 12.

Form ist nicht die einer Nachprüfung der Amtshandlung des Vorgesetzten durch den Untergebenen auf ihre Gesetzmäfsigkeit oder allgemeine Zuständigkeit nach aufsen, sondern das Selbstbestimmungsrecht des Untergebenen bezüglich der Pflichtmäfsigkeit der eigenen Amtshandlung, das ihm durch keinen Dienstbefehl beeinträchtigt werden kann.

Für diese Selbstbestimmung bleibt der Dienstpflichtige verantwortlich. Wenn er den Dienstbefehl nicht beachtet hat, obwohl dieser das Richtige von ihm verlangte, so kann das in Betracht kommen, insofern er dadurch gemahnt und gewarnt war. Nur ist er nicht schon dadurch im Fehler, dafs er nicht gehorchte. Der Dienstbefehl ist hier nicht imstande, der Dienstpflicht die schärfere Gestalt der Gehorsamspflicht zu geben. Das ist alles.

II. Die Dienststrafgewalt.

Auf die Erfüllung der öffentlichen Dienstpflicht, wie sie von Haus aus besteht oder durch Dienstbefehl genauer bestimmt ist, hat der Dienstherr keine Klage. Dafür greift hier in grofsem Umfang die Verhängung von Strafen Platz, die obrigkeitliche Zufügung eines Übels wegen Nichterfüllung der Dienstpflicht.

Diese Strafen gehören teils den Rechtsformen des gemeinen Strafrechts an. Von dem gewöhnlichen Vergehen unterscheiden sich die Vergehen im Dienste oder im Amte nur durch den sachlichen Zusammenhang mit der Dienstpflicht des Thäters.

Daneben wird die Strafe verwandt als ein Zwangsmittel der Dienstgewalt zur Herbeiführung des dienstpflichtmäfsig geschuldeten Verhaltens. Hierfür giebt die polizeirechtliche Ungehorsamsstrafe das Vorbild [15].

Dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis eigen ist die dritte Art von Strafen, die Disciplinarstrafe. Sie ist so recht heraus-

---

[15] G. Meyer, St.R. § 148 Anm. 1; ders. in Annalen 1876 S. 673. Dafs er den Arrest als direktes der Geldstrafe als indirektem Zwangsmittel gegenüberstellt, scheint uns nicht gerechtfertigt. — v. Bar, Stf.R. I S. 353, spricht hier von einer „sog. Ordnungsstrafe im eigentlichen Sinne“, die auch Disciplinarstrafe ist, aber wesentlich Zwangsmittel. Entweder — oder! — Das ältere preufs. Recht warf diese Ungehorsamsstrafen einfach mit der polizeilichen Ungehorsamsstrafe zusammen. Dagegen Foerstemann, Pol.R. S. 403. Das Discipl.Ges. v. 21. Juli 1852 § 100 hat aber in dieser Auffassung das Recht der Ungehorsamsstrafen für die Beamten festgelegt; deshalb verbleibt es dabei, obwohl man das jetzt nicht mehr als Polizei ansieht; vgl. Bd. I § 18 Note 13 a. E. — Das Zwangsmittel der Ersatzvornahme findet hier nicht leicht Anwendbarkeit; vgl. ein Beispiel in Theorie d. Franz. V.R. S. 62. Gewaltanwendung zur Erzwingung dienstlichen Gehorsams in Milit.Stf.G.B. § 124.

gewachsen aus seiner Natur und seinen besonderen Zwecken. Sie erscheint auch sonst noch, wo in einem Gewaltverhältnisse ähnliche Voraussetzungen gegeben sind; aber hier hat sie ihre mafsgebende Ausprägung erhalten. Das öffentlichrechtliche Dienstverhältnis enthält die Forderung einer besonderen Hingabe und Treue. Jede Verfehlung stellt deshalb nicht blofs in sich selbst eine Unordnung dar, die beseitigt werden mufs, soweit noch etwas davon übrig geblieben ist. Viel wichtiger ist dieser einzelne Thatbestand durch den Schlufs, den er machen läfst auf das Vorhandensein einer Gesinnung, die jener Forderung nicht entspricht. Es geht nicht an, ein derartiges Element im öffentlichen Dienste mit fortzuschleppen. Deshalb wird gegen den Fehlenden vorgegangen mit Strafen. Diese Strafen sind poenae medicinales. Sie haben ihre ganze Rechtfertigung in dem Erfolge, der dadurch erzielt werden soll, in der für den Dienst zu erzielenden Besserung. Diese Besserung kann an dem Fehlenden selbst erstrebt werden. Ist sie da nicht möglich, so bleibt als letztes Mittel nur übrig die Entfernung des schadhaften Gliedes aus dem Dienst, so dafs wenigstens dieser, der die Hauptsache ist, gereinigt und gebessert wird: quod medicamenta non sanant, ferrum sanat [15a].

[15a] Wegen der Verwandtschaft mit der censura des Kan.R. vgl. Hinschius in Holtzendorffs Rechtslex. 1 S. 458; Ders., System des kath. K.R. IV S. 748 und S. 756 Note 8. — Binding, Grundrifs des Stf.R. S. 153: „keine Strafe im Rechtssinn, sondern ein pädagogisches Zuchtmittel“. Die letztere Bezeichnung ist vortrefflich, nur kann unseres Erachtens ein Zuchtmittel zugleich Strafe sein, wenn auch keine Strafe von der Art wie die Strafen des gemeinen Strafrechts. Laband, St.R. I S. 463 (3. Aufl. S. 441): „keine Strafe im Sinne des Strafrechts, sondern Mittel zur Erhaltung der Zucht und Ordnung innerhalb des Dienstverhältnisses und zur Sicherung der Erfüllung der Dienstpflicht“. In dem Bestreben, den Gegensatz zu der früheren Auffassung, die hier nur ein besonderes Gebiet des gemeinen Strafrechts, ein Specialstrafrecht sehen wollte, recht scharf zu betonen, hat man dann allerdings die Disciplinarstrafe wieder zu stark der Ungehorsamsstrafe genähert. Man bezeichnet sie zugleich als „das Mittel, um die Erfüllung der Dienstpflicht zu erzwingen“ (Laband a. a. O. S. 464); sie steht „an Stelle der Kontraktsklage auf Leistung“ (Laband a. a. O. S. 465); ist eine „Form des Erfullungszwanges“ (Binding, Stf.R. I S. 278). G. Meyer in Annalen 1876 S. 673 ff. hat mit Recht hervorgehoben, dafs gerade die schärfste Disciplinarstrafe, die Dienstentlassung, die auf alle fernere Leistung verzichtet, jeden Gedanken an einen Erfüllungszwang ausschliefsen mufs. Wenn Laband, St.R. 2. Aufl. I S. 664 Note 2 (3. Aufl. S. 442 Note 2), sich dem gegenüber darauf beruft, „dafs die Androhung einer Strafe ein indirektes Zwangsmittel sei“, so verläfst er damit den Boden, auf den er seine Auffassung ursprünglich gebaut hatte. Denn das Zuchtmittel und das Seitenstück der Kontraktsklage kann doch nur die Verhängung der Strafe sein, nicht die Ausrüstung der Behörden mit der rechtlichen Macht dazu für den Fall

1. Als Disciplinarstrafmittel sind schon anzusehen die formlosen Mifsbilligungen und Zurechtweisungen, die jeder Vorgesetzte naturgemäfs berechtigt ist, seinen Untergebenen zukommen zu lassen. Doch begreift man unter dem Namen Disciplinarstrafen vorzugsweise nur solche, die in geordneter Stufenfolge, in mehr oder weniger ausgebildetem Verfahren verhängt und beurkundet werden zu dauernder Kennzeichnung des Betroffenen.

Diese förmlichen Disciplinarstrafen werden entsprechend den zwei Arten, wie die Disciplin ihren Zweck zu erreichen sucht, eingeteilt in Zuchtdisciplin und reinigende, oder korrektive und epurative Disciplin.

Zur Zuchtdisciplin gehören Warnung, Verweis, Geldbufse und Arrest. Die reinigende Disciplin äufsert sich in der Entfernung aus dem Dienste, der Strafentlassung. Zwischen beiden stehen Strafversetzungen und Suspensionen; sie stellen einerseits Zuchtmittel vor für den Betroffenen und dienen andererseits auch der Reinigung des Dienstes in gewissem Mafse, insofern das Verbleiben desselben im Dienst gerade nur am gegebenen Ort oder nur für die nächste Zeit bedenklich erscheint.

Diese Strafmittel sind nicht überall gleichmäfsig gegeben. Die Auswahl der zulässigen bestimmt sich nach der Art der Dienstpflicht. Der Unterschied von höheren und niederen Beamten wird dabei bedeutsam. Bei ersteren kann unter Umständen schon ein geringes Anfassen schwer empfunden werden. So pflegt das Disciplinarstrafmittel des Arrestes nur für niedere Beamte zugelassen zu sein; für Richter wird aber vielleicht schon die Geldstrafe als blofses Zuchtmittel für zu plump gehalten.

Am schärfsten ist naturgemäfs die militärische Disciplin ausgebildet; das Heer kann dienstwidrige Gesinnung am allerwenigsten vertragen. Bei der gesetzlichen Heerdienstpflicht kommt hinzu, dafs es sich hier um eine möglichst rasch ausbildende Schule auch der Gesinnung handelt und die reinigende Disciplin ausgeschlossen ist: die Strafentlassung als Mafsregel der Dienstgewalt widerspräche der

des Bedürfnisses, durch welche sie dem Dienstpflichtigen „angedroht“ ist; eine andere „Androhung“ findet ja nicht statt. Legt man aber da hinein den Schwerpunkt, dann sind ebenso die Strafrechtssätze des gemeinen Strafrechts Androhungen und als solche Erfüllungszwang, und der Gegensatz geht erst recht wieder verloren. — Die Idee des Erfüllungszwanges, die ganz unnötigerweise mit der des Zuchtmittels noch verbunden worden ist, wird man einfach bei Seite lassen müssen.

Zwangsdienstpflicht[16]. Es mufs also alles mit desto stärkerer Zuchtdisciplin durchgesetzt werden können.

Nach der Schwere, mit der sie treffen, teilt man diese förmlichen Disciplinarstrafen wieder ein in blofse Ordnungsstrafen und eigentliche Disciplinarstrafen. Daran knüpfen sich Verschiedenheiten des Verfahrens.

2. Die Disciplinarstrafe setzt eine Verfehlung voraus. Aber sie wird nicht verwirkt durch diese, wie die Polizei- und Finanzstrafe. Die Thatsache der vorgefallenen Verfehlung giebt nur der Behörde dem Fehlenden gegenüber dieses Machtmittel in die Hand, um die notwendig erscheinende Verbesserung des Dienstes durchzusetzen[17]. Ob es zu gebrauchen ist und in welcher Gestalt, ist Sache der Erwägung des dienstlichen Interesses. Die Disciplinarstrafgewalt trägt nicht jene Binde der Gerechtigkeit vor den Augen, um nur durch eine enge Öffnung den Ausschnitt aus der Wirklichkeit zu sehen, der den Thatbestand der Verfehlung bildet. Sie berücksichtigt die bisherigen Verdienste und die Hoffnungen für die Zukunft, welche der Fehlende darbietet, die Schädigung, welche das dienstliche Ansehen durch die Bestrafung erleiden, den schlechten Eindruck, welchen die Nichtbestrafung auf das übrige Beamtentum machen würde, und was sonst noch die Staatsklugheit beachtenswert findet. Das ist ihre Eigenart und ihr Recht.

Im Verfahren zur Verhängung der Disciplinarstrafe findet möglicherweise eine Trennung nach diesen verschiedenen Gesichtspunkten statt. Für schwerere Verfehlungen und die Verhängung entsprechend höherer Strafen werden neben den ordentlichen Dienstvorgesetzten eigne Disciplinarstrafbehörden gebildet, oder es kommen als solche Civil- und Verwaltungsgerichte zur Verwendung. Diesen liegt dann die förmliche Untersuchung des Falles ob, die Feststellung der Schuld und der dafür angemessenen Strafe, alles wesentlich nur unter dem Gesichtspunkte der Gerechtigkeit und der gleichmäfsigen Anwendung gegebener Grundsätze. Die weiteren Ausblicke und Rücksichtnahmen, welche der Disciplinarstrafe eigen sind, werden zur Geltung gebracht durch den eigentlichen Inhaber der Dienstgewalt, der in verschiedener Weise dabei mitwirkt.

---

[16] So erklärt auch Hecker in Gerichtssaal 31 S. 495 ff. diesen „Verzicht auf die Strafmittel der reinigenden Disciplin".

[17] Laband, St.R. I S. 465 (3. Aufl. S. 443): „ein Recht, keine juristische Pflicht des Staates"; Seydel, Bayr. St.R. III S. 482: „seine Geltendmachung steht zur freien Verfügung des Inhabers".

Das Zusammenwirken kann so geordnet sein, dafs zunächst das besondere Disciplinargericht einen Ausspruch abgiebt, der oberste Inhaber der Dienstgewalt aber auf Grund desselben endgültig verfügt, was geschehen soll, und dabei auch alle allgemeineren Gesichtspunkte des dienstlichen Interesses frei berücksichtigt. So bei den Ehrengerichten der Offiziere.

Bei Civilbeamten bildet umgekehrt der Ausspruch des Disciplinargerichts den Schlufs. Aber es wird seinerseits nur in Bewegung gesetzt durch einen Antrag der Dienstbehörde. Das Verfahren gewinnt dadurch Ähnlichkeit mit der gemeinen Strafrechtspflege; aber während bei dieser der Staatsanwalt verpflichtet ist zu verfolgen, wo immer eine Verurteilung erzielt werden kann, entschliefst sich die Dienstbehörde nur dann dazu, wenn sie es im Interesse des Dienstes für gut hält[18].

3. Die Disciplinarstrafe kann ausgeschlossen werden in verschiedener Weise.

Das ist grundsätzlich nicht der Fall, wenn wegen des gleichen Thatbestandes der Verfehlung schon eine gemeinrechtliche Strafe verhängt worden ist. Der Satz ne bis in idem gilt zwischen diesen beiden Strafarten nicht. Die Disciplin hat ihren eignen Zweck, der vom ordentlichen Strafrichter Verurteilte mufs für diesen ebenso noch einmal aufkommen, wie für Ersatz des etwa angerichteten Vermögensschadens[19]. Doch werden die Feststellungen des gemeinen Strafurteils für beide, Schadensersatzklage und Disciplinarverfahren,

---

[18] Bei dieser Trennung wird der Ausspruch des Disciplinargerichts, für sich allein betrachtet, die Natur der Entscheidung, der Rechtsprechung aufweisen; Bd. I S. 164 ff. Seydel, Bayr. St.R. III S. 483, bemüht sich, diesen Begriff selbst da festzuhalten, wo die Verhängung der Disciplinarstrafe einfach in den Händen des Dienstvorgesetzten liegt, der doch zugleich nach freiem Ermessen befindet, ob es im öffentlichen Interesse gelegen ist, überhaupt einzuschreiten und so oder so einzuschreiten (a. a. O. S. 482). Die praktische Bedeutung der Frage liegt für ihn darin, ob hier die Form der Verwaltungsrechtspflege stattfinden kann oder nicht. Wäre diese freilich unbedingt an den Fall wahrer Rechtsprechung gebunden, dann wäre sie hier sicher ausgeschlossen. Dem ist aber ja nicht so, nicht einmal nach bayrischem Rechte; vgl. Bd. I S. 166 ff.

[19] Wer hier nur ein Specialstrafrecht sehen will, wird um den Satz ne bis in idem niemals herumkommen. G. Meyer, St.R. S. 458, glaubt durch den Hinweis auf die Verschiedenheit der hier und dort auszusprechenden Strafen helfen zu können. Allein abgesehen davon, dafs das gegenüber jenem Satze wohl überhaupt nicht genügt, müfste dann die disciplinarische Dienstentlassung ausgeschlossen sein, sobald das Strafgericht, wo es dem Beamten die bürgerlichen Ehrenrechte und damit das Amt absprechen konnte, solches nicht gethan hat.

immer eine grofse thatsächliche Bedeutung haben. Das Gesetz schreibt deshalb für diese vor, dafs immer zuerst der Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten sei, oder dafs das Strafurteil mafsgebend ist, wenn es auf Freisprechung lautet. Da wird dann gegebenen Falls wegen Verneinung des Thatbestandes einer Verfehlung das Disciplinarverfahren ausgeschlossen sein. —

Dagegen ist die Disciplinarstrafe von selbst ausgeschlossen durch die Endigung der Dienstpflicht: wenn der Schuldige aus dem Dienstverhältnisse ausgeschieden ist, ist am Dienste nichts mehr zu bessern durch ein Vorgehen gegen ihn; die Disciplinarstrafe hat ihren Zweck verloren und damit auch ihre Berechtigung[20]. Dieser Grund wirkt nicht, soweit trotz dieser Endigung der Dienstpflicht für das Disciplinarverfahren noch ein selbständiger Zweck übrig bleibt. Es kann sich nur um einen Nebenzweck handeln, um Erstattung der im Verfahren bisher schon erwachsenen Kosten, oder um Entziehung der dem Schuldigen sonst verbleibenden Ansprüche auf Titel, Rang und Ruhegehalt[21]. Der Grund wirkt auch nicht gegenüber den vor Auflösung des Dienstverhältnisses bereits erkannten Disciplinarstrafen[22]. Diese können dadurch nur je nach dem gegenstandslos oder unvollstreckbar geworden sein: gegenstandslos, soweit eben die Endigung des Dienst-

[20] Der leitende Gedanke findet sich in aller Klarheit ausgesprochen in Bl. f. adm. Pr. 16 S. 39. Vgl. auch Kanngiefser, ReichsB.R. S. 162. 163; F. Seydel, Dienstvergehen S. 150 ff.; Gaupp, Württemb. St.R. S. 97. — Mit der Annahme eines blofsen Specialstrafrechts verträgt sich das nicht; daher erklärt G. Meyer in Annalen 1876 S. 677 die betreffenden Bestimmungen des R.B.G. §§ 75. 100 für eine Unüberlegtheit des Reichstags. In unseren Partikularrechten gilt aber das Nämliche. — Hierin liegt wohl auch der wahre Grund, weshalb über Geschworene und Schöffen keine Disciplinarstrafgewalt eingerichtet ist: reinigende Disciplin ist bei der Zwangsdienstpflicht ausgeschlossen und Zuchtdisciplin zu üben an dem Mann, den man nach Schlufs der Sitzung niemals wieder sieht, hat keinen Zweck. Die gemeinrechtlichen Strafen wegen Nichtleistung des Zwangsdienstes genügen; Seuffert, Erörterungen über die Besetzung des Schöffengerichts und Schwurgerichts S. 81 ff. Laband, St.R. I S. 448 (3. Aufl. S. 426), will das daraus erklären, dafs die disciplinarischen Folgen der Pflichtverletzung nur bei eigentlichen Beamten eintreten. Aber der Soldat unterliegt doch solchen Folgen.

[21] Beispiele aus der Praxis bei F. Seydel, Dienstvergehen S. 150, 151. — O.Tr. 1. Dez. 1871 (J.M.Bl. 1872 S. 14) hält auch nach eingetretener Entlassung das Disciplinarverfahren fest, um auf einen Verweis zu erkennen. Der in erster Instanz Verurteilte hatte selbst Berufung eingelegt; das Gericht glaubte also vielleicht zu seinen Gunsten fortfahren zu sollen. Kanngiefser, ReichsB.R. S. 163, findet das mit Recht zu weit gegangen.

[22] Ebenso wie bereits ausgesprochene Ungehorsamsstrafen, die ja auch reine Zweckstrafen sind, bei nachträglichem Wegfall des Zweckes bestehen bleiben: Bd. I § 23, I S. 333.

verhältnisses sich mit ihrem Inhalt deckt oder darüber hinausgeht (z. B. bei einer blofsen Suspension); unvollstreckbar, soweit es sich um Strafen handelt, die blofs dadurch wirksam werden, dafs sie von einem Vorgesetzten an den Untergebenen dienstlich vollzogen werden, wie Warnungen und Verweise.

Endlich wird die Disciplinarstrafe ausgeschlossen durch das Erlöschen der Dienststrafgewalt, welche durch die Verfehlung zum Einschreiten berufen worden war. Das kann zusammentreffen mit dem vorigen Fall, mufs es aber nicht. Das Erlöschen der Dienststrafgewalt kann so geschehen, dafs der Schuldige überhaupt in keiner öffentlichen Dienstpflicht mehr steht[23], oder so, dafs er den Dienstherrn wechselt, aus dem Dienste eines Selbstverwaltungskörpers in Staatsdienst übertritt und umgekehrt[24], oder so, dafs er unter Beibehaltung des Dienstherrn nur in eine andere Dienstesart tritt, für welche eine andere Dienststrafgewalt geordnet ist: diese ist dann überhaupt nicht berufen, wegen der alten Verfehlung vorzugehen, und die bisherige Dienststrafgewalt ist nicht mehr dazu berufen[25]. Dieser

[23] Kanngiefser, ReichsB.R. S. 163, will die Unzulässigkeit nachträglicher Disciplinarverfolgung auf eine Art reinigender Kraft des Aktes der Pensionierung zurückführen, der eine „endgültige Feststellung pflichttreuer Dienstführung" bedeute. Allein die gleiche Regel gilt auch da, wo die Dienstpflicht etwa mit Ablauf ihrer Zeit von selbst aufhört, wie das bei Ehrenbeamten zutreffen kann; da ist dann ein besonderer Akt, dem man die Wirkung zuschreiben könnte, nicht zu finden.

[24] Kreishauptmannschaft Zwickau 31. Mai 1880 (Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 333 ff.): Ein Gemeindebeamter ist in den Dienst einer anderen Stadt übergetreten und soll jetzt von der neuen Dienstbehörde wegen einer im alten Dienstverhältnis vorgekommenen Verfehlung einen Verweis bekommen. Dazu ist diese nicht zuständig; „die Anklage steht zu dem Pflichteide, welchen der Beamte dem jetzigen Stadtrate geleistet hat, in keiner Beziehung". Die frühere Dienstbehörde ist allerdings auch unzuständig, weil sie eben nicht mehr Dienstbehörde ist; „das Disciplinarverfahren hat durch das jeweilige Dienstverhältnis seine Grenzen".

[25] Auch darin bewährt sich der Satz, dafs das Disciplinarstrafrecht auf der Dienstgewalt beruht; Laband, St.R. I S. 465 (3. Aufl. S. 445); derselbe in Marquardsens Handb. I, 1, S. 65; Rehm in Annalen 1885 S. 192. Der Berufskonsul kann nicht disciplinarisch verfolgt werden wegen der Verfehlung, die er sich vorher als Handelsrichter im Ehrenamt hat zu Schulden kommen lassen, noch der Finanzbeamte wegen nachträglich entdeckter Disciplinwidrigkeiten in seiner Laufbahn als Berufsoffizier. Ein blofser Wechsel der örtlich zuständigen Disciplinarbehörde ist gleichgültig, sofern nur die Art des Dienstes die nämliche bleibt; aber jede Dienststrafgewalt ist nur für die entsprechende Art von Dienst da und greift nicht darüber hinaus; daher diese Grenze. In diesen Zusammenhang dürfte die Frage gehören, welche Seydel, Bayr. St.R. III S. 500 ff., bespricht. Nach bayrischem Rechte haben die in endgültigen Ruhestand Versetzten nicht blofs noch gewisse

Endigungsgrund wirkt dann nicht, wenn zur Zeit, da er eintritt, das Disciplinarverfahren bereits eingeleitet war. Möglicherweise ist der Dienstbehörde für diesen Fall die Macht gegeben, zu verhindern, dafs er überhaupt eintritt, indem sie die etwa nachgesuchte Entlassung bis zur Erledigung des Disciplinarverfahrens verweigert; von selbst versteht sich das nicht, denn es handelt sich dabei nicht um die oben § 44 S. 244 erwähnte Zurückhaltung im Interesse des Dienstes. Wo aber das Dienstverhältnis nach eingeleitetem Verfahren in irgend einer Weise zur Erledigung kommt, gilt hier die Regel des Prozefsrechts, dafs mit der Rechtshängigkeit die Zuständigkeit unverrückbar begründet wird, ein nachträgliches Wegfallen der Gründe, auf welchen sie beruht, sie nicht mehr beeinträchtigt. Die Dienststrafgewalt, welcher dieser Mann hinfort für alle neu zu beginnenden Mafsregeln nicht mehr unterworfen ist, bleibt doch in Kraft, um das Angefangene zu vollenden. Dabei wird sie allerdings in dem Umfang, in welchem sie noch wirken kann, durch die Einwirkung anderer Endigungsgründe beschränkt sein, die sich mit dem vorausgesetzten Thatbestande verbinden: das Disciplinarurteil kann dadurch gegenstandslos geworden sein oder unvollziehbar, wie wir das oben ausgeführt haben[26].

§ 46.

Fortsetzung; vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse.

Mit dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse verbinden sich Ansprüche auf Geld und Geldeswert, vermögensrechtliche Ansprüche. Sie gehen zum Teil aus diesem Verhältnisse selbst hervor, sind Bestandteile desselben und als solche selbst öffentlichrechtlicher Natur. Zum Teil knüpfen sie sich nur äufserlich an die Thatsachen, die es

---

Pflichten zu erfüllen, sondern unterliegen auch noch einer Disciplinarstrafgewalt; sie stehen also, wie wir sagen dürfen, in einem fortdauernden, wenn auch sehr abgeschwächten Dienstpflichtverhältnisse. Dabei stöfst man nun auf die „etwas auffallende“ Thatsache, dafs Handlungen aus der aktiven Dienstzeit, die später entdeckt werden, nicht verfolgt werden können, obschon sie, wenn im Ruhestande begangen, verfolgt werden könnten. Das würde so zu erklären sein: unter der Dienststrafgewalt für aktive Staatsdiener stehen diese Leute nicht mehr; die Dienststrafgewalt für in Ruhestand Versetzte, unter der sie stehen, ist wieder nur für die ganz andere Art von Dienstpflicht da, die bei ihnen übrig geblieben ist, und kann nicht im Interesse des aktiven Dienstes in Bewegung gesetzt werden.

[26] So erläutern sich die Bestimmungen R.B.G. § 75 Ziff. 2.

bietet, kraft selbständiger öffentlichrechtlicher oder civilrechtlicher Rechtsinstitute. Die Ausscheidung dieser verschiedenen Elemente ist hier zu machen[1].

I. Die vermögensrechtlichen Ansprüche des Dienstpflichtigen stehen im Vordergrund als Gegengewicht des Vorwiegens der Ansprüche des Staates in der Dienstpflicht selbst. Ihrem inneren Rechtsgrunde nach unterscheiden wir die Besoldung und die Dienstentschädigung.

1. Die Besoldung (Gehalt) hat ihre ordentliche Stelle beim berufsmäfsigen Staatsdienste, wie er durch die Anstellung begründet wird. Sie hat sachlich ganz dieselbe Bedeutung wie der Dienstlohn im civilrechtlichen Dienstvertrag: sie giebt dem Dienstverhältnisse die Seite, wonach der Diener darin seinen Beruf, also auch die wirtschaftlichen Bedingungen seiner Existenz finden kann, und liefert einen — regelmäfsig den wichtigsten — Beweggrund für die auch hier erforderliche Einwilligung des zu Verpflichtenden. Die Besoldung ist demnach eine Gegenleistung in Geldwert für die durch die Anstellung begründete Dienstpflicht, die nach der Dauer derselben vom Dienstherrn geschuldet und in regelmäfsigen Zeitabschnitten fällig wird[2].

Der Anspruch auf die Besoldung wird begründet durch einen Verwaltungsakt, der sie bewilligt. Dieser Akt verbindet sich mit dem Anstellungsakt, in einer Urkunde vereinigt oder äufserlich getrennt.

---

[1] Vermögensrechtlich und civilrechtlich sind ja nicht gleichbedeutend: Bd. I § 11 Note 2. Die nur geschichtlich entschuldbare Verwechslung herrscht gerade in dieser Materie noch vielfach. Ein gut gemeinter Versuch, davon loszukommen, in Mot. z. G.V.G. S. 74 (Hahn, Mat. S. 94): „vermögensrechtliche Ansprüche der Beamten, welche neben der privatrechtlichen eine staatsrechtliche Seite haben".

[2] So O.V.G. 26. Sept. 1885 (Samml. XII S. 45). — Bei Goenner, Staatsdienst S. 104, entsteht der Besoldungsanspruch als Folge der Inanspruchnahme zum Staatsdienst nach Vorbild der Enteignungsentschädigung. Seit die Anstellung wieder als Vertrag aufgefafst wird, mufs man besonders darauf bedacht sein, den Besoldungsanspruch zu unterscheiden von der Gegenleistung des civilrechtlichen Dienstherrn. Zur Zeit pflegt man zu diesem Zwecke die Besoldung als „Alimentationsrente" zu bezeichnen oder von einem „Anspruch des Beamten auf standesgemäfse Alimentation" zu sprechen. Laband, St.R. I S. 478 (3. Aufl. S. 455); Rehm in Annalen 1885 S. 88; Jhering, Zweck im R. I S. 201; Zorn, St.R. I S. 239 (2. Aufl. S. 318). Was die Besoldung mit der Alimentationsrente gemein hat, kann aber ganz ebenso bei dem Dienstlohn des civilrechtlichen Vertrages zu finden sein. Die Hauptsache an der Alimentationsrente haben sie beide nicht mit ihr gemein: das Sichanpassen an das individuelle, zeitlich wechselnde Unterhaltsbedürfnis des zu Alimentierenden. Die Wertlosigkeit dieses Namens behauptet daher mit Recht Seydel, Bayr. St.R. III S. 415.

Er kann den Betrag der Bewilligung im Einzelfalle frei festsetzen; dies findet z. B. häufig statt bei der Anstellung von Universitätsprofessoren. Er kann auch inhaltlich gebunden sein durch allgemeine Regeln, welche für die einzelnen Arten von Ämtern bestimmte Gehaltssätze aufstellen. Solche Regeln giebt das Budgetgesetz in den Gehaltsetats; die Verwaltung kann sie auch besonders zusammenfassen zum Zwecke einer dauernden Gültigkeit, als Gehaltsregulative. Beiderlei Festsetzungen haben zunächst nur die Bedeutung eines Planes zur Verwendung der jeweils im Budget für Besoldungen zur Verfügung stehenden Summen. Wirksam werden sie nur nach Maſsgabe des Verwaltungsaktes, der Anwendung davon macht. Wenn nichts weiter gesagt ist, enthält die Anstellung selbst stillschweigend die Bewilligung des nach Etat oder Gehaltsregulativ für ein derartiges Amt bestimmten Satzes. Wenn Gesetz oder Verordnung die Gehaltssätze für gewisse Arten von Ämtern rechtssatzmäſsig bestimmen[3], so wird der Anspruch darauf durch die Anstellung zu einem solchen Amte mit rechtlicher Notwendigkeit begründet; eine abweichende Bestimmung, selbst mit Einwilligung des Angestellten, wäre ungültig.

Die bewilligte Besoldung bedeutet für den Dienstpflichtigen ein subjektives öffentliches Recht auf Zahlung.

Als Rechtsschutz dient allgemeinen Grundsätzen entsprechend (Bd. I § 16, II) regelmäſsig die Klage vor den Civilgerichten. Die erworbenen Gehaltsforderungen unterliegen der freien Verfügung des Berechtigten, wobei wieder die Grundsätze des Civilrechts maſsgebend werden (Bd. I § 11, IV n. 2). —

Während des Dienstverhältnisses kann der Besoldungsanspruch nachträglich eine Erhöhung erfahren, sei es in Verbindung mit der Beförderung in ein anderes Amt, sei es durch einfache Bewilligung einer Zulage oder Aufbesserung. Dies wird durch allgemeine Regeln geordnet in der gleichen Weise, wie die Bestimmung des Anfangsgehaltes[4]. Der Verwaltungsakt, der die Bewilligung enthält, wirkt

---

[3] Das wurde z. B. bei Beratung des G.V.G. für die Gehälter der Richter beantragt (Prot. der Kom. S. 574).

[4] Ein Beispiel rechtssatzmäſsiger Regelung giebt Preuſs. Ausf.Ges. zum G.V.G. v. 24. April 1878 § 9: „Die Verleihung der etatsmäſsigen Gehälter und Gehaltszulagen an die Richter innerhalb des Besoldungsetats erfolgt nach der durch das Dienstalter bestimmten Reihenfolge". Dazu R.G. 25. Sept. 1885 (Samml. XI S. 289); noch schärfer R.G. 1. März 1886 (Samml. XV S. 274): Ein Richter ist am 24. Sept. 1884 gestorben, am 25. Okt. 1884 wird zweien in der Anciennetät nachstehenden Richtern die etatsmäſsige Zulage bewilligt und zwar vom 1. Juli 1884 ab zahlbar. Die Erben nehmen diese Zulage als ihrem Erblasser gebührend für die Zeit vom 1. Juli bis 1. Okt. 1884 in Anspruch, und

von selbst ohne Annahmeerklärung; es wird kein Vertrag abgeschlossen und keiner abgeändert. Eine gänzliche oder teilmäfsige Entziehung des Gehaltsanspruches wird dagegen nur zulässig durch Einwilligung des Betroffenen, es sei denn, dafs ein besonderer Rechtsgrund für den Dienstherrn gegeben ist, um sie einseitig vorzunehmen.

Die Einwilligung kann insbesondere liegen in der Annahme eines geringer dotierten Amtes. Bei verbleibendem Amte ist sie wirkungslos, wenn die Besoldung rechtssatzmäfsig festgelegt ist. Vereinbarte Gehaltsabzüge kommen hauptsächlich zur Anwendung behufs Ansammlung einer zu stellenden Kaution, Bildung einer Pensionskasse[5], gemeinsamer Beschaffung von Dienstkleidern, auch zur Bezahlung eines Stellvertreters, wo dies zur Bedingung einer Urlaubserteilung gemacht ist. Der Abzug wird durch die Dienstbehörde verfügt auf Grund der Einwilligung.

Auch ohne Einwilligung kann die Gehaltsentziehung geschehen, einseitig, aus besonderem Grunde. Das richtet sich aber hier nach wesentlich anderen Regeln, als das civilrechtliche Dienstverhältnis sie aufweist. Dort steht alles unter dem Gesichtspunkte der exceptio non adimpleti contractus: der Lohn kann verweigert werden, sofern aus einem in der Person des Pflichtigen liegenden Grunde die Pflicht

---

das Reichsgericht erkennt demgemäfs, da eine unzulässige Umgehung des Verstorbenen stattgehabt habe. Das Gesetz sagt aber nicht: sobald eine etatsmäfsige Zulage verfügbar ist, mufs sie dem Richter verliehen werden, der vermöge seines Dienstalters an der Reihe ist. Sondern es sagt: wenn die Behörde etatsmäfsige Zulagen verleiht, mufs sie dabei die Reihenfolge einhalten sie darf keine Umgehung machen, sonst verletzt sie das Recht des Umgangenen. Indem das Gericht dieser letzteren Ausdrucksweise sich bedient, dabei aber verfährt, als hätte das Gesetz den ersteren Sinn, kommt es zu dem seltsamen Ausspruche: die Behörde habe den Richter drei Monate nach seiner Beerdigung bei einer Zulagebewilligung „umgangen". — Zu beachten ist die Stellung des nachprüfenden Civilgerichts: es erkennt nicht nur über bewilligte Besoldungen, sondern prüft auch die Bewilligungen nach auf ihre Rechtmäfsigkeit und ergänzt sie durch das, was hätte geschehen sollen; Preufs. Ges. v. 24. Mai 1861 § 1 (Oppenhoff, Ress.Verh. S. 552 n. 11); R.B.G. § 149.

[5] C.C.H. 12. Okt. 1872 (J.M.Bl. S. 295) nimmt an, dafs der Beitritt zu einer Witwenkasse durch Dienstbefehl erzwungen werden könne; in einer früheren Entscheidung, v. 14. Jan. 1854, hatte der C.C.H. erklärt, solches gehöre „nicht zur publizistischen Seite, sondern zur privatrechtlichen Seite des Verhältnisses", und demgemäfs sei civilgerichtliche Entscheidung über die Gehaltsabzüge zulässig. Das letztere führt wenigstens praktisch zu einem richtigen Ergebnisse; die Sache liegt jedenfalls aufserhalb des Gebietes des Dienstbefehls; ohne Einwilligung, die nachträglich gegeben oder schon in der Annahme des also geordneten Amtsverhältnisses stillschweigend enthalten ist, könnte der Abzug nur auf Grund eines Gesetzes gemacht werden.

zur Dienstbereitschaft unerfüllt bleibt. Das gilt nicht einfach ebenso beim öffentlichen Dienstverhältnisse[6].

Einerseits knüpft sich eine entsprechende Gehaltsentziehung nicht von selbst an die thatsächliche Nichterfüllung der Pflicht. Vielmehr gehört dazu eine formelle Ordnungswidrigkeit: die Verletzung der Residenzpflicht, d. h. das Fernbleiben vom Amtssitze ohne Urlaub oder, was gleichsteht, ungehöriges Fernbleiben von den Diensträumlichkeiten[7]. Durch Erteilung eines Urlaubs wird solches Verhalten gedeckt; doch kann gerade damit sich die Auferlegung einer entsprechenden Gehaltsentziehung verbinden: nimmt der Beamte diesen Urlaub an, so wird die Entziehung zulässig durch seine Einwilligung, nimmt er ihn nicht an und bleibt so weg, so wird sie verwirkt durch die Ordnungswidrigkeit[8].

Andererseits entsteht eine Gehaltsentziehung, auch ohne die Grundlage eines Mangels an Dienstbereitschaft, in Folge von Amtsentziehungen, welche der Dienstherr berechtigt ist über den Dienstpflichtigen zu verhängen (oben § 44 S. 225 ff.). Dahin gehört vor allem die Stellung zur Verfügung, welche den Gehalt auf einen Bruchteil, das Wartegeld, vermindert, sodann die Suspension mit gleicher Folge oder mit zeitweiligem Wegfall jedes Gehaltsanspruchs und die Strafversetzung, sofern das neue Amt mit geringerer Besoldung ausgestattet ist. —

Mit dem Dienstverhältnis endigt auch der Anspruch auf ferneren

[6] Mit einer unzulässigen Übertragung dieser civilrechtlichen Grundsätze wurde seiner Zeit die Auffassung der preufsischen Regierung in dem berühmten Streit wegen Gehalt und Stellvertretungskosten der zum Landtag gewählten Kreisrichter verteidigt; v. Roenne, Preufs. St.R. I S. 242 ff. Schlimm war es, dafs man bezüglich der gewählten Landräte früher selbst entgegengesetzte Anschauungen entwickelt hatte: Kamtz, Annalen Jahrg. 1830 S. 264. Gleichwohl war die Regierung sachlich im Recht: die Gewählten bedurften des Urlaubs, und die Erteilung desselben konnte an die Bedingung der Zahlung der Stellvertreterkosten geknüpft werden; vgl. unten Note 8.

[7] Wie das kanonische Recht nicht blofs residentia, sondern auch interessentia verlangt, damit der Genufs des beneficium gewahrt sei: Hinschius, K.R. III S. 236. Nach dieser Seite hin bestehen überhaupt nahe Verwandtschaften.

[8] Harseim in Wörterbuch I S. 187. Das ist keine Disciplinarstrafe, wie F. Seydel, Dienstvergehen S. 66, meint; im Falle eines Widerspruchs wird zwar im Disciplinarverfahren erkannt, aber das ist ja auch bei der Versetzung in Ruhestand wegen Dienstunfähigkeit der Fall (Preufs. Ges. v. 21. Juli 1852 § 93). Es ist auch keine Schadensersatzauferlegung, wie Kanngiefser, ReichsB.R. S. 71 will; denn es wäre doch eine willkürliche Fiktion, dafs der Schade dem Gehalt gleich sei, und überdies trifft der gleiche Gehaltsverlust auch den vom Amte suspendierten Beamten, der sich ohne Urlaub entfernt hat.

Bezug der Besoldung. Die Art, wie jenes geendigt wird, macht aber einen Unterschied. Schlechthin fällt jeder Anspruch nur weg, wenn die Endigung geschieht durch freiwilligen Dienstaustritt (Entlassung auf Gesuch) oder wegen Unwürdigkeit (gerichtliche Aberkennung, Strafentlassung). Nicht so, wenn die Endigung stattfand wegen eingetretener Unfähigkeit (Verabschiedung) oder durch den Tod des Dienstpflichtigen. Hier pflegt der Besoldungsbezug dem Verabschiedeten oder den Hinterbliebenen noch für eine gewisse Nachfrist belassen zu werden, für den laufenden Monat und einen Monat oder ein Vierteljahr darauf, das Gnadenquartal. Der Name ist insofern nicht mehr passend, als das jetzt überall als ein Rechtsanspruch aus dem Dienstverhältnis geordnet ist.

Vor allem aber knüpft sich an diese Art der Endigung des Dienstverhältnisses und damit des Besoldungsanspruchs die Entstehung eines neuen Anspruchs, des Rechts auf Bezug von Pension, Ruhegehalt, Reliktengehalt. Die Pension ist eine in regelmäfsigen Zeitabschnitten verfallende Geldleistung des Staates, die sich nach der Höhe der letzten Besoldung bestimmt. Der Anspruch darauf wird begründet durch eine Bewilligung. Die Bewilligung kann bei Endigung des Dienstverhältnisses geschehen durch die zuständige Behörde nach freiem Ermessen der Billigkeit. Regelmäfsig ist sie schon im voraus bei Begründung oder während der Dauer des Dienstverhältnisses gemacht, in gleicher Weise wie die Gehaltsbewilligung und wie diese geregelt durch Etat und Pensionsregulative oder durch unabweichliche Rechtssätze. Die einmal im voraus gemachte Bewilligung ist nicht widerruflich. Von nachträglichen Änderungen der Etatssätze oder Regulative wird sie nicht berührt. Im Wege der Gesetzgebung kann natürlich alles neu geordnet werden; doch pflegt auch das Gesetz bei solchen Neuerungen erworbene Rechte auf künftige Pension zu berücksichtigen[9]. Die also geschehene Bewilligung ist bedingt dadurch, dafs das Dienstverhältnis in der vorausgesetzten Weise geendigt wird, durch Verabschiedung wegen Dienstunfähigkeit oder Tod. Mit dem Eintritt dieser Bedingung wird das Recht wirksam für den Ver-

[9] Beispiel: R.B.G. § 70. — R.G. 26. Okt. 1880 (Samml. II S. 114): Ein badischer Postbeamter war vom Reiche übernommen worden; die Witwe klagt auf die Pension, wie sie nach badischem Rechte zu bemessen gewesen wäre. Durch die Anstellung, sagt das Gericht, war ein wohlerworbenes Recht auf Pension der Witwe nach badischem Rechte begründet worden. Das R.B.G., unter welches der Verstorbene nachher getreten war, hatte nicht „den privatrechtlichen Inhalt der Anstellung mit der Tragweite verändert, dafs wohlerworbene Rechte dadurch entzogen wären“.

abschiedeten selbst oder für die Hinterbliebenen. Zu Gunsten dieser Dritten ist es unmittelbar begründet worden und hängt deshalb nicht ab von Annahme der Erbschaft oder Gütergemeinschaft[10]. Immer wird bei der vorauserteilten Bewilligung nach Eintritt der Bedingung noch eine förmliche Feststellung des gebührenden Ruhe- oder Reliktengehaltes erfolgen; das ist aber dann kein Akt des freien Ermessens, keine Verfügung, sondern eine gebundene Entscheidung. — Der durch die erfüllte Bedingung oder durch nachträgliche Bewilligung wirksam gewordene Anspruch auf Ruhegehalt ist als Gegenleistung anzusehen für die bereits erledigte Dienstpflicht, deshalb auch unabhängig von dem ferneren Verhalten des Berechtigten, insbesondere nicht entziehbar wegen Unwürdigkeit, weder durch Disciplinarmafsregel, noch durch gerichtliche Aberkennung als Straffolge[11].

2. Im civilrechtlichen Dienstverhältnisse hat der Pflichtige Anspruch nicht blofs auf seinen Lohn, sondern auch auf Ersatz für alle Vermögensnachteile, welche ihm aus der pflichtmäfsigen Ausführung des Dienstes erwachsen. In gleicher Weise stellt sich im öffentlichrechtlichen Dienstverhältnisse neben die Besoldung die Dienstentschädigung. Wir verstehen darunter Geldleistungen, welche dem Dienstpflichtigen staatlicherseits gewährt werden zur Ausgleichung eines mit der Erfüllung der Dienstpflicht verbundenen besonderen Aufwandes. Hier ist dreierlei zu unterscheiden.

Grundsätzlich sind Vorkehrungen getroffen, welche jeden eigenen Aufwand des Pflichtigen bei Erfüllung seines Dienstes ersparen und überflüssig machen sollen. Er kommt im Zusammenhang eines bestimmten staatlichen Unternehmens zur Verwendung, tritt in den Betrieb einer staatlichen Anstalt, einer staatlichen Behörde ein und

[10] R.G. 17. Juni 1885 (Reger VII S. 100).

[11] R.G. 11. Febr. 1887 (Samml. 17 S. 240): Ein Beamter wird im Aug. für 1. Okt. pensioniert, im Sept. wegen Sittlichkeitsverbrechens suspendiert, im Okt. zu 2 Jahr Zuchthaus verurteilt; der Pensionsanspruch besteht, weil das Stf.G.B. nur Verlust des Amtes und Gehaltes, nicht auch der Pension als Straffolge zuläfst. Vgl. auch R.G. 9. Okt. 1888 (Samml. 21 S. 186). R.G. 28. Mai 1880 (Reger III S. 170) meint, die Landesgesetzgebung könne diese Lücke ausfüllen, zwar nicht in einem Landesstrafgesetz, wegen E.G. zu Stf.G.B § 6, wohl aber in einem Staatsdienergesetz. Der Name, den man dem Gesetze giebt, dürfte aber nichts zur Sache thun; vgl. Mandry, Civilrechtl. Inh. der Reichsges. S. 91. Denkbar wäre nur eine unvollkommene Verabschiedung, nach welcher der in Ruhestand Getretene noch gewisse Standespflichten zu wahren hat und eine entsprechende Disciplinargewalt übrig bleibt (vgl. oben § 45 Note 25): da wäre auch eine Pensionsentziehung als Disciplinarstrafe möglich, ohne dafs der Vorrang des Reichs-Stf.R.s im Wege stünde.

findet darin alle sachlichen Mittel, deren seine Dienstleistung bedarf. Der Staat liefert ihm Amtsräumlichkeiten, Schreibstubenbedürfnisse, Werkzeuge, Waffen, Fuhrwerke. Manches kommt dabei geradezu seiner Person zu Gute: er wird im Interesse des Dienstes beherbergt, erhält Beleuchtung und Heizung während der Dienststunden, ein Amtskleid wird ihm gestellt. Das tritt am deutlichsten hervor beim Heerdienst: die grofse Anstalt nimmt hier den einzelnen Dienstpflichtigen vollständig in ihre Pflege und sorgt für alle seine Bedürfnisse: Nahrung, Kleidung, Obdach, stattet ihn überdies für Nebenbedürfnisse mit einem kleinen Taschengeld aus; mehr ist die sogenannte Löhnung nicht. Die rechtliche Natur dieser Dinge ist aber durchweg die gleiche: es sind Vorteile aus der staatlichen Anstalt, welche die Leistung des Dienstes ermöglichen und erleichtern sollen. Aber es besteht darauf kein Rechtsanspruch des Dienstpflichtigen. Das eigne Interesse des Staates an der guten Ordnung seines Unternehmens sichert sie ihm hinlänglich, aber auch ausschliefslich [12]. —

Dienstentschädigung findet demnach nur statt, wo diese Vorkehrungen nicht ausreichen, um dem Pflichtigen jeden besonderen Aufwand abzunehmen. Den vorgesetzten Dienstbehörden stehen zum Teil Mittel zur Verfügung, um Schadloshaltungen zu gewähren, wo es die Billigkeit erfordert; das ist aber dann Gnadensache, nicht Rechtsbefriedigung [13]. Einen Rechtsanspruch auf solchen Ersatz giebt das öffentliche Dienstverhältnis nur für bestimmte einzelne Dinge, wofür er vorgesehen und besonders begründet ist. In diesem Sinne gewährt der berufsmäfsige Staatsdienst Wohnungsgeldzuschüsse [14], Repräsen-

---

[12] Laband, St.R. II S. 649 (3. Aufl. S. 622): „Die Verpflegung der dienstpflichtigen Mannschaft des Heeres (mit Einschlufs der Löhnung) hat durchaus den Charakter einer Verwaltungsthätigkeit des Staates“. Daher hat der Wehrpflichtige darauf kein „vermögensrechtliches subjektives Recht und der Fiskus ist nicht civilrechtlich obligiert“. Von Civilrecht könnte aber hier ohnehin keine Rede sein. — Ähnlich O.V.G. 26. Sept. 1885 (Samml. XII S. 38 ff.) bezüglich der Lieferung von Dienstkleidern an die Schutzmannschaft.

[13] So pflegt den polizeilichen Vollstreckungsbeamten Ersatz geleistet zu werden für Beschädigung von Kleidungsstücken im Dienste. Vergütung von Extraarbeiten: Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 359. Ist die Vergütung im Einzelfall bewilligt, so besteht natürlich ein Rechtsanspruch auf die Auszahlung: C.C.H. 10. Okt. 1866 (J.M.Bl. 1869 S. 2); V.G.H. 17. Febr. 1888 (Samml. IX S. 411). Die gewöhnlichen Verheifsungen der Vorgesetzten sind aber noch keine solchen „rechtsbegründenden Verwaltungsakte“, sondern begründen nur persönliche, moralische Verpflichtungen derselben.

[14] Zum Ausgleich des Aufwandes aus der Residenzpflicht an einem verhältnismäfsig teuren Ort. In den Wohnungsgeldzuschüssen des preufs. und Reichs-

tationsgelder, Pauschsummen für Bureaubedürfnisse, Reisekosten und Tagegelder, Umzugskosten[15]. Das Ehrenamt giebt Amtsunkostenentschädigungen, Aversen für Schreibhülfe; auch der Sold und die Equipierungsgelder des zur Dienstleistung eingezogenen Reserveoffiziers haben diese rechtliche Natur[16].

Der Anspruch ist entweder rechtssatzmäfsig begründet durch Gesetz oder Verordnung, oder er beruht auf Verwaltungsakt, der seinerseits durch allgemein aufgestellte Grundsätze, Regulative, geordnet zu sein pflegt; was diese bestimmen, gilt von selbst als stillschweigend zugesichert mit dem Akte, der zu dem entsprechenden Dienstaufwande Anlafs giebt, mit der Ernennung, Versetzung, Einberufung. Der Entschädigungsanspruch knüpft sich dann mit festen Sätzen an die Thatsachen, die dafür anerkannt sind, dafs sie solchen Aufwand veranlassen können, gleichviel, ob und in welchem Mafse er in Wirklichkeit gemacht wurde. —

Darüber hinaus bestehen Ersatzansprüche aus dem Dienstverhältnisse nicht[17]. Damit ist nicht gesagt, dafs sonst überhaupt keiner möglich wäre. Die Rechtssätze, die für jeden Anderen einen solchen begründen würden, unabhängig vom Dienstverhältnisse, kommen auch dem Dienstpflichtigen zu Gute, soweit nicht etwa gerade das Dienstverhältnis ihre Wirksamkeit erschwert oder ausschliefst.

So kann der Dienstpflichtige in Berufs- oder Ehrenamt und selbst in Zwangsdienstpflicht im Laufe seiner Dienstverrichtung dazu kommen, dafs er für das Gemeinwesen, dem er dient, eine notwendige Anschaffung macht, eine dringende Ausgabe bestreitet. Ein Ersatzanspruch kann ihm dafür begründet werden nach den Regeln der negotiorum gestio, der in rem versio, der Bereicherungsklagen[18]. Er ist ganz civilrechtlicher Natur. Wenn das

---

Rechts steckt allerdings auch ein Stück Besoldung: O.Tr. 11. Nov. 1864 (Str. 55 S. 275).

[15] Bl. f. adm. Pr. 1885 S. 204: „verordnungsmäfsige auf öffentlichem Rechte beruhende Reichnisse". Vgl. auch V.G.H. 15. Juli 1881.

[16] Laband, St.R. II S. 673 (3. Aufl. S. 646). Die Entschädigung ist absichtlich in diese Form gebracht, um die Gleichstellung mit den Berufsoffizieren äufserlich durchzuführen. Besoldung im Rechtssinne ist das nicht. — Wegen der Amtsunkostenentschädigungen der preufs. Gemeindevorsteher und Amtsvorsteher vgl. unten § 60.

[17] Der „allgemeine Rechtssatz des öffentlichen Dienstrechts", den Seydel, Bayr. St.R. III S. 401, behauptet, gilt in Wahrheit nur, soweit er in diesen Formen verwirklicht ist. Was Seydel im Auge hat, sind die allgemeinen civilrechtlichen Rechtsinstitute, von welchen wir jetzt oben sprechen wollen.

[18] C.C.H. 25. Sept. 1852; O.V.G. 22. Dez. 1886; V.G.H. 17. Mai 1887.

Civilrecht ihn ausschliefst, falls der Aufwand gegen den Willen des dominus negotii gemacht wurde, kommt das Dienstverhältnis insoweit in Betracht, als zu prüfen ist, ob nicht der Dienstpflichtige danach sich der Einmischung in die von ihm besorgte Sache hätte enthalten sollen.

Ebenso kann der Dienstpflichtige wegen der Schädigungen, welche ihm bei Ausführung seines Dienstes widerfahren, möglicherweise die civilrechtliche Haftung des Staates, der Gemeinde ex delicto in Anspruch nehmen (Bd. I § 17 S. 241) oder auch, was nicht damit zu verwechseln ist, die öffentlichrechtliche Entschädigung, wie sie jedem Dritten geschuldet wäre (unten § 53). Das Dienstverhältnis giebt auch hier wieder nicht die Grundlage; es kann im Gegenteil dem Anspruch im Wege stehen, insofern etwa der Geschädigte dadurch gerade berufen war, mit eigner Fürsorge den schädigenden Vorfall zu verhüten[19].

II. Vermögensrechtliche Ansprüche des Dienstherrn erscheinen neben dem Anspruch auf die Erfüllung der Dienstpflicht, der seinerseits nicht vermögensrechtlicher Natur ist, in nebensächlicher Weise. Das civilrechtliche Dienstverhältnis giebt hierfür zweierlei Vorbilder.

1. Dem Dienstpflichtigen können in Gemäfsheit des Dienstverhältnisses Vermögenswerte anvertraut worden sein; daran knüpft sich für ihn die Pflicht zur Rechnungslegung und zur Ablieferung. Beide erhalten im öffentlichen Dienstverhältnisse ihre eigentümlich ausgeprägte Gestalt.

---

[19] Die Haftung des Staates für solche Beschädigungen des Beamten hat man häufig zu gründen gesucht auf die Annahme eines kontraktlichen Verschuldens nach Civilrecht. So R.G. 4. Nov. 1886 (Samml. 18 S. 171): Ein Eisenbahnbeamter ist auf dem Bahnhofe eine schadhafte Treppe herabgestürzt; Fiskus haftet, weil nach Civilrecht „der Dienstvertrag den Dienstherrn für Aufserachtlassung der Diligenz in Ansehung der körperlichen Sicherheit des Dienenden bei seinen Dienstverrichtungen verantwortlich macht". Ähnlich R.G. 10. Nov. 1887 (Samml. 19 S. 348). Das könnte man sich nur so denken, dafs ganz im Sinne der alten Fiskustheorie mit der Anstellung ein civilrechtlicher Vertrag stillschweigend geschlossen würde, welcher die nötigen Grundlagen für die künftige Haftung enthielte. Nun wird man aber ein solches Stück civilrechtlichen Dienstvertrages unmöglich auch mit den Zwangsdienstpflichten verbinden wollen. Wie wäre das also? Wenn das gebrechliche Podium des Gerichtstisches einbricht und der Amtsrichter mit beiden Schöffen verletzt wird, soll blofs der in der Mitte Sitzende einen Entschädigungsanspruch haben? Das sind doch nur verzweifelte Versuche, um einerseits die civilrechtlichte Haftpflichtsregelung zu verbessern, andererseits einen Ersatz zu finden für das unbekannte Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Entschädigung.

Die Rechnungsführung wird hier zum Gegenstand besonderer Amtsaufträge[20]. Über alle in Bewegung befindlichen öffentlichen Kassen und sonstigen Vorräte von wechselnden Beständen werden Rechnungsführer gesetzt. Ihnen sind diese Bestände unmittelbar unterstellt, der Art, dafs ohne ihre Mitwirkung keine Bewegung daran stattfinden kann, kein Zu- und kein Abgang. Der Rechner darf aber solche Verfügungen nur vollziehen unter Wahrung gewisser Formen, durch welche sie nach Art, Grund und Umfang beurkundet werden. Über die Erfüllung dieser Pflicht weist er sich aus durch eine Zusammenstellung aller dieser Vorgänge nebst Belegen, durch die Rechnungslegung. Zur Überwachung dient ein eigner Behördenapparat, mit geordnetem Verfahren, die Rechnungskontrolle. Die Centralbehörde dafür, Oberrechnungskammer, Rechnungshof, ist die oberste Dienstbehörde aller Rechnungsführer. Diese sind gehalten, in regelmäfsigen Zeitabschnitten ihre Rechnungsablegung einzuliefern. Dafür werden ihnen durch Dienstbefehl Termine gesetzt; dann wird ihnen aufgegeben, Ergänzungen beizubringen, weitere Auskunft zu erteilen, Änderungen vorzunehmen. Als Zwangsmittel steht dahinter die Ungehorsamsstrafe, welche von der die Rechnung abnehmenden Behörde angedroht und verhängt wird[21]. —

Die Ablieferungspflicht ist viel umfassender. Sie liegt jedem Dienstpflichtigen ob, der aus Anlafs des Dienstes Sachen in Hände bekommen hat. Die Dienstpflicht bestimmt den Zeitpunkt der Herausgabe, Einzahlung, Räumung, Vorweisung. Bei Endigung des Amtes oder des Dienstes überhaupt findet eine umfassende Ablieferung an Amtsnachfolger oder Dienstbehörde statt, als letzter Akt dieser Dienstpflicht. Als Zwangsmittel dient die Ungehorsamsstrafe, vor allem aber die Gewaltanwendung: die Dienstbehörde klagt nicht auf Ablieferung ihrer Kasse, ihrer Akten und Bücher, auf Räumung der Amtszimmer oder Zurücklassung militärischer Ausrüstungsgegenstände, sondern sie befiehlt die Herausgabe und vollstreckt den Befehl durch das naturgegebene Vollstreckungsmittel der gewaltsamen Wegnahme, nötigenfalls mit Hülfe der Vollstreckungsbeamten der Polizei (vgl. Bd. I § 23, III). —

Beide Pflichten endigen mit der Dienstpflicht, von der sie Stücke sind. Wenn nachträglich mit dem ausgeschiedenen Beamten oder seinen Hinterbliebenen noch Rechnungsaufstellungen gepflogen werden,

[20] Bl. f. adm. Pr. 33 S. 130: „Eine besondere Verbindlichkeit formeller Art". — Preufs. Ges. v. 27. März 1879, §§ 9. 10.

[21] Preufs. Ges. v. 27. März 1879 §§ 15. 16. Vgl. oben § 45 Note 15.

so geschieht das nur als Verhandlung über eine sie etwa treffende Ersatzpflicht (unten n. 2). Sind abzuliefernde Sachen noch zurückbehalten worden, so besteht ein civilrechtlicher Anspruch auf Herausgabe. Dafs, im Falle eine Störung des Betriebs der öffentlichen Verwaltung sich mit der Vorenthaltung verbindet, unmittelbarer Polizeizwang eingreifen kann (Bd. I S. 351), ist eine Sache für sich.

2. Im civilrechtlichen Dienstverhältnisse steht hinter jeder Verfehlung gegen die Dienstpflicht, aus welcher dem Dienstherrn Schade erwächst, der Anspruch auf Schadensersatz. Die Verbindlichkeit dazu ist eine vertragsmäfsige, sie ist nichts anderes als die umgewandelte Diensterfüllungspflicht.

Bei dem öffentlichen Dienstverhältnisse findet das nicht statt. Es handelt sich dabei um einen viel allgemeineren Grundsatz: öffentlichrechtliche Leistungspflichten verwandeln sich im Falle der Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung überhaupt nicht in Schadensersatzpflichten. Diese Umwandlung ist eine Regel, die dem Obligationenrecht des Civilrechts eigen ist; wir sind aber nicht befugt, solche Regeln ohne weiteres auf äufserlich verwandte öffentlichrechtliche Beziehungen zu übertragen.

Damit ist nicht gesagt, dafs der öffentliche Diener seinem Herrn für den Schaden, den er ihm rechtswidrig zufügt, Schadensersatz überhaupt nicht zu leisten habe. Nur dienstrechtlich schuldet er ihn nicht, aus dem Dienstverhältnisse entspringt keine Schadensersatzpflicht. Aber er schuldet ihn seinem Dienstherrn in derselben Weise, wie jedem Anderen, welchen er in dem von ihm zu verrichtenden Dienste rechtswidrig geschädigt hat. Im geltenden Rechte kommt dies zum Ausdruck dadurch, dafs es anerkennt: die vermögensrechtliche Haftung des öffentlichen Dieners für rechtswidrige Schädigung sei ihrer rechtlichen Grundlage nach die gleiche gegenüber dem Staate, wie gegenüber einem Dritten. Damit ist eine besondere öffentlichrechtliche Haftung aus dem Dienstverhältnisse verneint. Die Schadensersatzpflicht kann nur die civilrechtliche ex delicto oder quasi ex delicto sein; denn nur eine solche ist auch dem Dritten gegenüber möglich[22].

Für diese aufserkontraktliche Schadensersatzpflicht ist das Dienstverhältnis nicht gleichgültig. Sie setzt ein Verschulden, eine Rechtswidrigkeit voraus, und ob diese vorhanden ist, wird allerdings gemessen werden müssen an der Dienstpflicht. Verschuldet, rechts-

[22] Laband, St.R. I S. 455 (3. Aufl. S. 433); Kanngiefser, R.B.R. S. 64; Krais in Bl. f. adm. Pr. 33 S. 33 ff., insbes. S. 68. 163.

widrig ist der Schade, der dem Dienstherrn zugefügt wird, jedesmal, wo es geschieht unter Verletzung der Dienstpflicht. Allein dadurch wird das Dienstverhältnis nicht selbst die Grundlage der Schadensersatzpflicht[23]. Der Mafsstab für die Bemessung des Verschuldens wird von der civilrechtlichen Schadensersatzpflicht ex delicto auch sonst wohl anderen Verhältnissen entnommen, in welchen der Schädiger steht, aus öffentlichen Pflichtverhältnissen zumal; besondere Berufspflichten und namentlich polizeiliche Pflichten geben Beispiele[24]. Noch mehr: gerade die öffentliche Dienstpflicht liefert den Mafsstab zur Bemessung des Verschuldens für einen Schadensersatzanspruch, dessen civilrechtliche und aufserkontraktliche Grundlage aufser Zweifel ist. Wie wir in der Lehre von der Haftung aus rechtswidrigen Amtshandlungen (Bd. I § 17, I n. 2) dargethan haben, ist der Beamte auch dem verletzten Privaten gegenüber verantwortlich für den Schaden, den er durch Nichterfüllung oder schlechte Erfüllung seiner Dienstpflicht diesem verursacht. Erst dadurch wird ja der Satz erst möglich, dafs die Haftung des Beamten gegenüber dem Dritten die nämliche ist, wie gegenüber seinem Dienstherrn. Denn dafs diesem gegenüber die versäumte Dienstpflicht nicht aufser Ansatz bleiben kann, ist selbstverständlich[25].

Wenn somit der Ersatzanspruch des Dienstherrn im Rechte des öffentlichen Dienstverhältnisses nicht begriffen ist, so ist es doch für dieses nicht gleichgültig, dafs er möglicherweise dahinter steht. Mit Rücksicht auf ihn enthält das öffentliche Dienstverhältnis selbst schon gewisse Vorkehrungen und Einrichtungen, welche bestimmt sind, ihn wahrzunehmen und zu sichern.

Dazu dienen einmal die Finanzkontrollen der Dienstführung. Bei der oben (II n. 1) erwähnten Rechnungskontrolle ist die Spitze sofort auf einen möglichen Ersatzanspruch des Rechnungs-

[23] So Seydel, Bayr. St.R. II S. 405: „Der Titel, aus dem geklagt wird, gehört lediglich dem öffentlichen Rechte an“. Das Beispiel von dem unbrauchbar gemachten Wege, das er Grundzüge S. 43 gegeben hatte, bedeutet zweifellos einen civilrechtlichen Schadensersatzanspruch. In Arch. f. öff. R. III S. 75 hatte ich ähnlich gefolgert; ich erkenne jetzt an, dafs ich damals noch zu sehr unter dem Einflufs des französischen Rechts gestanden habe und Labands Auffassung in diesem Punkte die richtige ist.

[24] A.L.R. I, 6 § 26; hierzu R.G. 21. Dez. 1881 (Samml. 6 S. 62).

[25] Beispiel dieser Schadensersatzpflicht des Beamten: O.Tr. 9. April 1853 (Str. 9 S. 86), 10. Okt. 1856 (Str. 23 S. 1), 4. April 1870 (Str. 77 S. 295); O.V.G. 2. Juli 1879 (Samml. V S. 77); R.G. 15. Nov. 1883 (Samml. 10 S. 231), 29. Jan. 1885 (Samml. 13 S. 220), 9. April 1885 (Samml. 13 S. 258), 19. März 1889 (Samml. 23 S. 326).

führers gerichtet. Noch mehr tritt das hervor in der damit verbundenen Verwaltungskontrolle: die Belege der Rechnungen dienen dazu, auch die Verfügungen anderer Beamten nachzuprüfen, soweit sie Anlafs gegeben haben zu Ausgaben und Einnahmen. Die Feststellung von bestimmten Verantwortlichkeiten, womit die eine wie die andere Art von Kontrolle etwa abschliefst, ist keine bindende für die Betroffenen. Wohl aber giebt sie die sachliche Grundlage für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen des Staates und kann für die dazu berufenen Behörden bindend sein, die Geltendmachung zu unternehmen[26].

Eine besondere Form der Geltendmachung von Ersatzansprüchen stellt sich alsdann dar im Defektenverfahren. Defekt ist ein rechnungsmäfsig nicht gedeckter Ausfall an einem Vermögensbestand, bezüglich dessen eine öffentlichrechtliche Pflicht zur Rechnungsführung bestand[27]. Dafür haftet der Rechnungsführer, durch dessen Verschulden der Ausfall zustande gekommen ist. Die Behörde, welche die Rechnungen prüft und den Defekt feststellt, ist zugleich befugt, die etwa sich ergebende Haftung auszusprechen. Der Defektenbeschlufs ist bindend und vollstreckbar, aber mit Vorbehalt des Rechtswegs, der binnnen einer Ausschlufsfrist beschritten werden kann. Das Gericht nimmt dann eine volle Nachprüfung des Defektenbeschlusses vor und entscheidet wie eine zweite Instanz über die Frage der Schadensersatzpflicht[28]. Insofern der Defektenbeschlufs nur eine erleichternde Form der Geltendmachung derselben ist, ist er nicht be-

[26] Laband, St.R. II S. 1028 (3. Aufl. S. 979): die Monita sind „Anklagen gegen die rechnungslegende Behörde". Vgl. Kom. Ber. z. Preufs. Ges. v. 27. Mai 1872 bei Hartel, Preufs. Oberrechnungskammer S. 269.

[27] O.Tr. 4. Febr. 1858 (Str. 29 S. 62).

[28] Mat. z. Reichs-B.Ges. bei Kanngiefser, R.B.R. S. 229 ff. — Die Nachprüfung des Gerichts erstreckt sich nicht auf die Frage, ob die Behörde recht gethan hat, dafs sie von ihrer Befugnis, diese Civilrechtssache durch ihren Verwaltungsakt zunächst zu ordnen, Gebrauch machte, sondern begreift nur die materielle Begründung; R.G. 5. Febr. 1885 (Samml. 12 S. 143). Auch bezüglich der letzteren wird nach bayr. R. der Entscheidung im „administrativen Rechnungsprozefs" eine endgültige Bedeutung zugeschrieben, soweit es sich um öffentlichrechtliche Fragen handelt, insbesondere um die Frage der dienstlichen Verfehlung. Mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung versteht sich aber eine solche Unterscheidung nicht von selbst; auch hat man sich über die Abgrenzung dieser Zuständigkeit nicht einigen können. Vgl. Ob.G.H. 3. Juli 1852 (Reg.Bl. 1852 S. 825, dazu Reg.Bl. 1857 S. 5); Bl. f. adm. Pr. 1871 S. 346 ff., 1881 S. 284, 1883 S. 148 ff., 1884 S. 110; Seydel, Bayr. St.R. II S. 469 ff.

dingt durch die Fortdauer der Dienstpflicht[29]. Er ist auch nicht die notwendige Form der Geltendmachung; der Weg der einfachen Schadensersatzklage steht daneben frei[30].

Endlich verbindet sich mit gewissen Ämtern, welche ihrer Dienstverrichtung nach besonders geeignet sind, Ersatzansprüche des Staates zu erzeugen, namentlich also mit Kassen- und Materialverwaltungen, die Vorschrift der Kautionsstellung. Die „kautionspflichtigen“ Ämter sind durch Gesetz, Verordnung, Regulativ bezeichnet; es ist nicht ausgeschlossen, daſs auch im Einzelfall eine Kautionsstellung besonders bedungen wird.

Die Führung der bezeichneten Ämter soll nur geschehen dürfen unter gestellter Kaution. Die Anstellung sowohl als die Verleihung des Amtes kann also erfolgen ohne sie; aber der Einführung in das Amt, dem Amtsantritt, muſs die Kautionsstellung vorausgehen. Wenn das Amt thatsächlich geführt wird ohne Kautionsstellung, so sind diejenigen Beamten, welche die Einhaltung dieser Vorschrift zu überwachen hatten, dafür verantwortlich.

Wenn die Kautionsstellung zur Zeit, da das Amt angetreten werden sollte, nicht erfolgt ist, so fällt die Ernennung nicht von selbst dahin; es kann noch zugewartet werden; es kann auch die Bildung der Kaution aus Gehaltsabzügen gestattet werden. Aber es besteht für den Ernannten, wenn der Kautionspunkt nicht erledigt wird, kein Recht auf das unter dieser Voraussetzung begründete Verhältnis. Die Begründung gilt als erfolgt unter dem stillschweigenden Vorbehalt der freien Hand, für den Fall die Amtsführung nicht in der erwarteten Weise zulässig gemacht wird. Darin besteht die Rechtsbedeutung der Kautionsstellung für das Dienstverhältnis selbst: die Verleihung des Amtes kann widerrufen werden, und wenn die Anstellung überhaupt erst erfolgt ist behufs Eintritts in das kautionspflichtige Amt, so kann auch sie widerrufen werden, das Dienstverhältnis endigt dann überhaupt[31].

---

[29] Er kann insbesondere auch gegen die Erben erlassen werden: R.G. 31. Mai 1880 (Samml. II S. 188), 3. Juli 1882 (Samml. VII S. 335).

[30] C.C.H. 13. Febr. 1886 (M. Bl. d. J. 1886 S. 242).

[31] Die Kautionsleistung ist also nicht eine „Bedingung, unter welcher die Anstellung geschehen ist“ (Laband, St.R. I S. 430; 3. Aufl. S. 409). Die Nichtleistung wirkt ja nicht von selbst zerstörend, und der Widerruf, den sie zulässig macht, kann das Dienstverhältnis oder bloſs das Amt treffen, so daſs z. B. der Nichtleistende lediglich in das bisherige Amt zurücktritt oder zu neuer Verwendung in einem solchen zur Verfügung steht. Ebensowenig ist die Kautionsstellung „vor der Übertragung gewisser Ämter“ erforderlich; es handelt sich nur

Die Bestellung der Kaution geschieht in den civilrechtlichen Formen der Verpfändung; auch die Geltendmachung der Rechte des Dienstherrn an der bestellten Kaution richtet sich nach den Regeln, welche das Civilrecht für den Pfandgläubiger giebt, und umgekehrt wird nach Erledigung der Kautionspflicht die Rückforderung des Pfandes verlangt mit der civilgerichtlichen Klage aus dem Pfandvertrag[32].

§ 47.

Öffentliche Lasten; gemeine Lasten.

Das öffentliche Recht weist eine grofse Mannigfaltigkeit von Leistungspflichten auf, welche in Art und Umfang und Form bestimmt sind durch den Zusammenhang mit einem öffentlichen Unternehmen: zu diesem gehören sie, und zu seinem Zustandekommen und Gelingen sollen sie dienen. Das öffentliche Unternehmen ist ein abgegrenztes Stück der öffentlichen Verwaltung (oben § 33, II n. 1). Dem Rechtssubjekt dieser Verwaltung ist die Leistung zu machen. Öffentliche Last ist die dem Unterthanen obliegende Pflicht, für das Bedürfnis eines öffentlichen Unternehmens dem Unternehmer mit einer Leistung aufzukommen.

Der Unterschied von polizeilichen Pflichten ist damit von vornherein gegeben: während dort alles hinausläuft auf ein blofses Nicht-Stören (Bd. I S. 270), soll hier etwas geleistet, eine Nützlichkeit gewährt werden. Der Gegenstand dieser Leistung kann von der verschiedensten Art sein. Die Last stimmt darin bald mit dieser, bald mit jener Art von sonstigen Formen der öffentlichrechtlichen Inanspruchnahme des Unterthanen überein. Immer ist aber auf der

---

um den Amtsantritt. Richtig ist, dafs sie kein Gegenstand der Dienstpflicht ist; deshalb mag allerdings der Ausdruck Kautionspflicht beanstandet werden: Laband, St.R. I S. 430 (3. Aufl. S. 409); Seydel, Bayr. St.R. III S. 362 ff.; Harseim in Wörterbuch I S. 722.

[32] O.Tr. 10. April 1854 (Str. 14 S. 14); Laband, St.R. I S. 432 ff. (3. Aufl. S. 410). Bornhak, Preufs. St.R. II S. 40, leugnet, die civilrechtliche Vertragsnatur der Kautionsbestellung, weil sie nur Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung sei. Allein einerseits ist hier in der That keine Verpflichtung zu erfüllen (oben Note 31); andererseits, selbst wenn das wäre, ist der Verpfändungsakt zur Sicherung der Vermögensinteressen des Staates rein privatwirtschaftlicher Natur und auch in Form und Wirkung in keiner Weise von dem verschieden, was auch Private unter sich machen. Er ist also allgemeinen Grundsätzen gemäfs als civilrechtlich aufzufassen. Woran sollte denn übrigens die praktische Bedeutung seiner „Öffentlichrechtlichkeit" erkennbar werden?

einen oder anderen Seite noch irgend eine besondere rechtliche Bestimmtheit gegeben, welche wieder als Unterscheidungsmerkmal dient.

Die öffentliche Last kann die persönliche Thätigkeit des Unterthanen in Anspruch nehmen zu Arbeitsleistung, Auskunftserteilung u. dergl. Sie berührt sich dann mit der öffentlichen Dienstpflicht. Was sie von dieser scheidet, das ist das Fehlen des sittlichen Elementes der besonderen Treue und Hingabe, die dort gefordert wird; ihr kommt es einzig auf das äufserliche Ergebnis der Leistung an [1].

Die öffentliche Last kann darauf gehen, dafs der öffentlichen Verwaltung Macht gegeben werden soll über körperliche Sachen des Unterthanen. Die Enteignung, die auferlegte Grunddienstbarkeit thun desgleichen. Aber diese wirken in Form der unmittelbaren Begründung dinglicher Rechte. Die öffentliche Last geht immer aus von einer persönlichen Pflicht zur Gewährung der Sachen zu Gebrauch, Verbrauch oder beliebiger Verfügung; durch Erfüllung oder Erzwingung der Pflicht mag dann Eigentum übergehen, aber das Rechtsinstitut ist deshalb doch von Anfang an ein ganz anderes [2].

---

[1] So bezeichnet Laband, St.R. II S. 762 (3. Aufl. S. 726), den Gegensatz von Heerdienstpflicht und Militärlasten dahin: „Die letzteren involvieren keine Verpflichtung zur Treue, zum Gehorsam, zum persönlichen Dienste, sondern sie betreffen lediglich das Vermögen". Daher bei der Lastpflicht keine Staatsangehörigkeit vorausgesetzt, kein Eid geleistet wird und die Erfüllung auch persönlicher Leistungen geschehen kann durch Stellvertreter oder geradezu abgelöst werden kann in Geld. — In gleichem Sinne nennt Neumann, Die Steuer S. 55, die Hand- und Spanndienste „Vermögenswerte im Gegensatze zu den idealeren Leistungen des Beamten, des Soldaten." Das „Ideale" an jenen letzteren ist nichts anderes als jene rechtlich nicht völlig greifbare besondere Treuepflicht (oben § 42, I).

[2] Ein mehr äufserlicher, aber auch nicht zufälliger Unterschied ist der, dafs die Enteignung nur auf unbewegliches, die Last vorzugsweise auf bewegliches Gut geht. In der Lehre von der Enteignung pflegt demgemäfs, gewissermafsen zur Ergänzung, auf Militär- und sonstige Lasten verwiesen zu werden, bei welchen für Fahrnis ähnliches stattfinde: Eger, Enteignungsges. I S. 10; Loebell, Enteignungsges. S. 25. Diese Ergänzung für das Gebiet der Fahrnis wird aber eben durch ein anderes Rechtsinstitut geliefert. Umgekehrt pflegt man bei einigen lastmäfsigen Sachleistungspflichten sich gern auf die Enteignung zu beziehen, bei denjenigen wenigstens, welche auf bestimmte Stücke, nicht auf ein zu lieferndes genus gehen. So wird namentlich die Pferdeaushebung unter den Begriff der Enteignung gestellt: G. Meyer, V.R. II S. 165, Laband, St.R. II S. 816 (3. Aufl. S. 779). Der Zweck ist der, die Anwendbarkeit des civilrechtlichen Kaufvertrags abzuweisen und die öffentlichrechtliche Natur des Vorgangs zu sichern. In dieser Hinsicht haben wir aber ohnehin nichts zu befürchten; unsere Sorge mufs nur sein, die

Die öffentliche Last kann Geldzahlungspflichten auferlegen. Sie gleicht dann der Steuer und der Gebühr. Die öffentliche Last erhält ihre rechtliche Unterscheidung von diesen dadurch, dafs sie ihre Geldzahlungspflichten begründet und bemifst nach einer Pflicht des Zahlers, für den Bestand des öffentlichen Unternehmens aufzukommen, dem sie dient, und nach dem Bedürfnis dieses letzteren[3].

Man kann die öffentlichen Lasten in Arten einteilen nach verschiedenen Gesichtspunkten.

Sieht man auf den Herrn des öffentlichen Unternehmens, für welches sie bestimmt sind, also auf das Gemeinwesen, dem das Unternehmen und folglich der Lastanspruch gehört, so ergiebt sich die Einteilung in Staatslasten, Gemeindelasten, Genossenschaftslasten. In diesem Zusammenhange pflegt aber das Wort Last in weniger bestimmtem Sinne gebraucht zu werden, so dafs es namentlich auch Zwangsdienstpflichten und Abgaben aller Art umfafst.

Nach der Art des öffentlichen Unternehmens selbst, dem die Last dient, unterscheidet man Militärlasten, Wegelasten, Schullasten, Armenlasten, socialpolitische Lasten.

Wenn wir die Lasten einteilen nach Verschiedenheit der Rechtsformen, die dabei zur Verwendung kommen, so ergiebt sich eine oberste Einteilung danach, dafs die Lastpflicht ausgeht von dreierlei verschiedenen Grundverhältnissen, in welchen der Pflichtige dem Unternehmen gegenüber steht:

Die Last kann die Einzelnen treffen als Angehörige des Gemeinwesens, dem das Unternehmen dient, jeden für sich, — gemeine Lasten;

die Last kann dem Einzelnen auferlegt sein mit Rücksicht auf eine besondere Beteiligung an dem öffentlichen Unternehmen, die bei ihm angenommen ist, — Vorzugslasten;

die Last kann einen Kreis von Einzelnen verbinden, so dafs sie mit dem Gesamtergebnisse ihrer Leistungen das Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens zu decken bestimmt sind, — Verbandlasten.

Die Verschiedenheit des Grundverhältnisses giebt jedesmal dem Rechtsinstitut seine Eigenart in der Entfaltung der einzelnen Bestimmungen.

öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute auch untereinander klar abzugrenzen, und dagegen wird hier gefehlt.

[3] In ähnlicher Weise sucht Neumann, Die Steuer S. 325, gegenüber den Steuern und den Gebühren den Begriff des Beitrags zu scheiden. Dieser Begriff deckt sich aber nur teilweise mit dem der öffentlichen Last; vgl. unten § 48 Note 1.

Wir handeln hier zunächst von den gemeinen Lasten.

I. Die Leistungspflicht, welche wir als gemeine Last bezeichnen, die also dem Einzelnen auferlegt ist schlechthin in seiner Eigenschaft als Angehöriger des Gemeinwesens, dem das öffentliche Unternehmen gehört, wird in der Abgrenzung des Kreises der zu Belastenden den Unterschied von Staatslasten, Gemeindelasten u. s. w. hervortreten lassen. Als Last wird sie sich kennzeichnen dadurch, dafs Art und Mafs der Leistung bestimmt sind durch das Bedürfnis des betreffenden Unternehmens. Das wäre an sich auch denkbar bei Geldleistungen. Allein diese werden von selbst die Natur der Steuer annehmen. Was bei der Vorzugslast und bei der Verbandlast auch für die Geldzahlungspflicht noch den Gegensatz zur Steuer aufrecht erhält, ist hier nicht gegeben. Die Geldzahlungspflicht scheidet deshalb von der gemeinen Last gänzlich aus; als ihr Gebiet verbleiben lediglich die Naturalleistungen, Leistungen von persönlicher Thätigkeit, von Waren, Geräten, Wohnungen.

Die Naturalleistung hat auf einer früheren Stufe unserer wirtschaftlichen Entwicklung, wie in den Beziehungen der Privatwirtschaften unter sich, so auch für die Beschaffung der Mittel zu öffentlichen Zwecken eine bedeutsamere Rolle gespielt. In der Neuzeit mit Durchführung der Geldwirtschaft ist sie in den Hintergrund getreten.

Vor allem erscheint sie jetzt niemals mehr als Mittel zur Vermehrung des öffentlichen Vermögens, das den Wert des Geleisteten zur Verfügung erhielte, also statt einer Geldzahlung, sondern immer nur so, dafs unmittelbar durch die Leistung selbst das Bedürfnis eines öffentlichen Unternehmens befriedigt wird. Darum gehört sie eben jetzt ganz unter den Begriff der öffentlichen Last.

Auch in dieser Umgrenzung ist sie jetzt die Ausnahme; was die öffentlichen Unternehmungen brauchen, beschaffen sie sich mit Geld, und das Geld liefert die Steuer; das ist die Regel. Nur aus besonderen Gründen tritt die Naturalleistung und damit die öffentliche Last an die Stelle. Diese Gründe sind aber zweierlei Art.

1. In gewissem Mafse wird die Naturalleistung gehalten durch Gründe der gröfseren Zweckmäfsigkeit. Es kann thatsächlich die Beschaffung der erforderlichen Mittel in der unmittelbaren Form der Naturalleistung leichter sein als durch Gelderhebung und Erwerb mit dem Gelde, leichter für den Leistenden, der das zu Leistende bei der Hand hat, und eben dadurch auch leichter für den Unternehmer, welcher der Mittel bedarf. Diese Lasten ersetzen dann nur die entsprechenden Abgaben in Geld, die Steuern, und sind wie diese be-

stimmt, in einer festen Ordnung und nach einem gewissen Mafsstabe in Anspruch genommen zu werden, um die Lastpflichtigen nicht ungleich zu treffen. Es sind geordnete Lasten. Hierher gehören namentlich die zahlreichen gemeinen Lasten, welche in bäuerlichen Verhältnissen noch fortbestehen: Gemeindedienste, Hand- und Spanndienste, Naturalverpflegung von Gemeindearmen und Gemeindebediensteten. Aber auch die Militärlasten mit ihrer grofsartigen und umfassenden Inanspruchnahme der Leistungen der Unterthanen an Quartier und Verpflegung beruhen auf diesem Grundgedanken.

2. Dem steht gegenüber als zweiter Grund die Unersetzlichkeit der Naturalleistung. Den Hauptfall bilden die Lasten für dringliche Bedürfnisse, Notlasten: das Bedürfnis des öffentlichen Unternehmens ist der Art, dafs es nur durch unmittelbare Leistung richtig befriedigt werden kann; eine Leistung dem Werte nach kann die Naturalleistung nicht ersetzen. Dahin gehört die Hülfeleistungspflicht bei öffentlicher Not, und das Gleiche gilt von den militärischen Requisitionen in Kriegszeiten. Der Grund der Unersetzlichkeit trifft aber auch zu bei den Gerichtslasten, den Auskunftspflichten der Zeugen und Sachverständigen; die Unersetzlichkeit ist hier nur ganz anderer Art.

Die Lasten dieser zweiten Art sind ihrer Natur nach unregelmäfsig und ungeordnet; sie treffen denjenigen, auf welchen das augenblickliche Bedürfnis gerade hinweist, der am nächsten steht, um die Befriedigung zu gewähren; wir nennen sie Zufallslasten. —

Diese beiden Gründe, Zweckmäfsigkeit und Unersetzlichkeit, können ineinander übergehen und zusammen wirken; aber gemeinsam bezeichnen beide den Umfang der Anwendungsfälle des Rechtsinstituts der gemeinen Last. Sie sind nur die inneren Gründe der Last; die Form, in welcher sie Rechtens wird, ist nun erst die Frage; aber auch für diese rechtliche Gestaltung wird ihr Unterschied bedeutsam.

II. Als Eingriff in die Freiheit bedarf die gemeine Last nach den Regeln des Verfassungsstaates einer gesetzlichen Grundlage; zugleich entspricht es ihrer Natur, dafs diese Auflage nur geschehen kann durch Rechtssatz. Es erläfst also entweder das Gesetz selbst diesen Rechtssatz, oder es ermächtigt eine Verordnung, ein Statut, um ihn aufzustellen[4]. Zum Teil beruhen die jetzt

[4] Die wichtigsten Beispiele von verordnungsmäfsiger Begründung einer gemeinen Last liefern die Zwangsdienste zur Einrichtung einer Nachtwache oder einer Pflichtfeuerwehr, welche die örtlichen Polizeibehörden auferlegen können. Man rechnet das unter die Polizeiverordnungen und entnimmt die Befugnisse dazu aus den allgemeinen gesetzlichen Ermächtigungen, im Interesse der öffentlichen

geltenden Lasten auch auf älteren Anordnungen, welche dem Gesetze gleichgeachtet werden, oder auf altem Herkommen (Bd. I S. 120, 132).

Nicht hierher gehören einerseits die auf alten genossenschaftlichen Ordnungen und Herkommen beruhenden Reallasten, auch wenn sie zu Gunsten gewisser gemeindlicher Einrichtungen bestehen, wie Wege, Feuerlöschanstalten, Wasserschutz, Armenpflege, und deshalb jetzt als öffentlichrechtliche Leistungspflichten aufgefafst werden. Sie hängen dinglich am bestimmten Grundstück in unveränderlichem Umfang[5].

Andererseits ist auch auszuscheiden das Notstandsrecht der öffentlichen Verwaltung, welches bei dringender Gefahr und zur Abwehr schwerer Übel die Habe der Unterthanen in Anspruch nehmen läfst ohne Gesetz und sonstigen Rechtssatz. Der verfassungsmäfsige Vorbehalt, der das Eigentum gegen solche Eingriffe schützt, gilt, ähnlich wie bei der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung (oben § 41 S. 187), für diesen Fall nicht als gemeint, und die vollziehende Gewalt wird ihm gegenüber frei. Aber eine Lastpflicht ist dabei nicht entstanden; es ist alles thatsächliche Gewalt[6]. —

Die Geltendmachung unserer rechtssatzmäfsigen Lastpflicht nimmt im Einzelfalle folgenden Gang.

1. Die erste Voraussetzung ist mit dem grundlegenden Rechts-

Sicherheit solche Verordnungen zu erlassen. Polizeigewaltübung im heutigen Begriffe der Polizei ist diese Heranziehung zu Dienstleistungen niemals; vgl. Bd. I § 19 Note 10. Gesetzliche Bestimmungen, welche derartige Verordnungen besonders zulassen, bleiben natürlich in Gültigkeit, auch wenn sie der älteren Auffassung folgend die Vorschrift für eine polizeiliche angesehen haben. Vgl. Bd. I § 18 Note 13, § 19 Note 14. C.C.H. 13. Jan. 1872 (J.M.Bl. 1872 S. 99); V.G.H. 28. Juli 1882 (Samml. IV S. 181); Ob.L.G. Dresden 16. Juni 1887 (Sächs. Ztschft. f. Pr. IX S. 19).

[5] Über die Ausscheidung öffentlichrechtlicher Reallasten: Förster-Eccius, Preufs.Priv.R. III, S. 411 ff., S. 423; Stobbe, D.Pr.R. § 100 u. IV.

[6] Es gehört viel Gleichgültigkeit gegen die festen Formen unserer Rechtsinstitute dazu, um das noch zur Enteignung zu rechnen; so Loebell, Ent.Ges. S. 29; Foerstemann, Pol.R. S. 463; dagegen mit Recht Gleim im Arch. f. Eisenbahnwesen 1885 S. 49. Ebensowenig darf man umgekehrt die Enteignung als Notstandsbefugnis erklären wollen; so Jhering, Zweck im R. S. 419 Note, und ihm folgend R. Merkel, Kollis. rechtm. Interessen S. 49 ff. Der aufserordentliche thatsächliche Eingriff mufs als das kennzeichnende Merkmal bleiben. Dafs die Notstandsbefugnis selbst eine andere rechtliche Natur und Gestalt im öffentlichen Rechte hat als im Civilrecht, ist leicht zu erkennen. Auch der Unterschied von der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkung ist festzuhalten: diese setzt keine Not voraus, um wirksam zu werden, es genügt der blofse Zusammenstofs mit der öffentlichen Verwaltung.

satze selbst gegeben: die Verpflichtbarkeit des Einzelnen. Man bezeichnet auch diese schon als die öffentliche Last. Die Verpflichtbarkeit wird immer bestimmt sein in mehr oder weniger engem Anschlusse an das Eine, worauf es ankommt: an die Fähigkeit, die in Anspruch genommene Leistung zu machen[7]. Bei den Zufallslasten ist das unmittelbare Vorhandensein dieser Fähigkeit in dem Augenblick, wo die Pflicht zur Leistung entstehen soll, sogar die natürliche und selbstverständliche Bedingung für die Entstehung der Pflicht. Die Zeugnispflicht macht davon keine Ausnahme: die Fähigkeit, welche sie voraussetzt, ist ja nicht die, etwas Sachdienliches zu wissen, sondern nur die, vernommen werden zu können. Nur bei der anderen Gerichtslast, der Sachverständigenpflicht, ist die Art, wie die verpflichtbar machende Fähigkeit erscheinen mufs, formell abgegrenzt.

Die geordneten Lasten dagegen haben das Eigentümliche, dafs sie die Verpflichtbarkeit noch nach anderen Rücksichten als der Fähigkeit zu der erforderlichen Leistung regeln. Sie beschränken sie auf einen engeren Kreis, auf solche mit einer besonderen rechtlichen Zugehörigkeit an das betreffende Gemeinwesen oder auch auf solche, die durch einen gewissen Besitz oder Gewerbebetrieb bezeichnet sind. Vor allem bestimmen sie eine Rangfolge, in welcher die verschiedenen verpflichtbaren Personen in Anspruch genommen werden sollen: persönliche Lasten gehen etwa in den Reihendienst, oder gewisse als abkömmlicher angesehene Kategorien sollen vorzugsweise herangezogen werden, oder für die erste Inanspruchnahme der Last wird die Steuer-

[7] Diese Fähigkeit kann namentlich auch voraussetzen den Besitz der Sachen, deren das öffentliche Unternehmen bedarf. Die Verpflichtbarkeit ist dann möglicherweise an das Vorhandensein dieses Besitzes geknüpft. Die Sache kann auch ein Grundstück sein. Es beweist aber doch ein allzustarkes Anlehnungsbedürfnis an ältere Begriffe, wenn man um dieses Zusammenhanges willen die öffentliche Last geradezu für eine Reallast erklärt. Dies ist namentlich der Quartierlast häufig begegnet: ein Grundstück ist in Frage, denn ohne Grundstück keine Wohnung, und eine Verpflichtung zu einem Leisten, das in den Rahmen einer Grunddienstbarkeit nicht pafst, trifft jeden, der diese Wohnung besitzt; also Reallast. So Laband, St.R. II S. 771 (3. Aufl. S. 735); V.G.H. 20. Mai 1887 (Samml. IX S. 137); Bl. f. adm. Pr. 1876 S. 188. In Wahrheit ist das aber doch keine Last auf dem Grundstück, sondern eine rein persönliche Verpflichtung dessen, der durch den Besitz irgend einer Wohnung fähig wird zu leisten, ganz ähnlich wie das bei anderen Lasten auch der Fall ist. Wenn man bei der Quartierlast das Verhältnis in dieser Weise umdreht, so müfste man dann ebenso auch von einer Last auf Wagen und Pferden und auf Heuvorräten sprechen, die dem jeweiligen Besitzer zur Erfüllung obliegt. Was mit dieser sporadischen Heranziehung des an sich ja recht umstrittenen Begriffes der Reallast zur Erklärung ganz neuzeitlicher Rechtsinstitute eigentlich geholfen sein soll, ist wirklich nicht abzusehen.

fähigkeit zum Mafsstab genommen. Die anderen Verpflichtbarkeiten gelten dann erst, wenn die vorangestellten erschöpft sind[8].

2. Die Pflicht erhält eine bestimmtere Gestalt mit Eintritt der zweiten Voraussetzung, des Bedürfnisfalles. Der Bedürfnisfall kann sich ergeben aus einer amtlichen Mafsregel. Er knüpft sich bei Gemeindelasten an den Beschlufs, einen Weg zu bauen oder auszubessern, wofür Hand- und Spanndienste geschuldet sind, an die Anordnung eines Gefangenentransportes, Einrichtung eines Nachtwachedienstes, einer Pflichtfeuerwehr, welche einzuüben ist; bei Militärlasten an die Mobilmachung oder an den Beschlufs der militärischen Behörden, Marschübungen, Truppendislokationen auszuführen, wozu die Naturalleistungen eines gewissen Bezirkes nötig werden; bei den Gerichtslasten an die Anordnung eines Zeugenverhörs oder Sachverständigengutachtens. Der Bedürfnisfall kann aber auch unmittelbar hervorgehen aus natürlichen Ereignissen, aus dem Auftreten der Not, deren Bekämpfung zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gehört, des Unglücksfalles, der ihre Hülfe erfordert.

Durch den Eintritt des Bedürfnisfalles werden die entsprechenden Verpflichtbaren nicht schon verpflichtet zu leisten; sie werden dadurch zunächst nur im allgemeinen berufen, diesem Bedürfnis durch ihre Leistung abzuhelfen und stehen zur Verfügung, damit ihre in der Last begründete Pflicht der öffentlichen Verwaltung gegenüber durch einen einfachen Willensakt fertig gestellt werden könne.

Diesen Willensakt, die letzte Voraussetzung für die Entstehung der Lastpflicht, bezeichnen wir als die Anforderung. Die Anforderung ist eine Mitteilung an einen vermöge der öffentlichen Last zur Leistung Berufenen über die bestimmte Leistung, die von ihm gemacht werden soll. Die rechtliche Bedeutung der Anforderung ist nicht die eines obrigkeitlichen Aktes, der auf Grund gesetzlicher Ermächtigung die Leistung auferlegt. Die Pflicht entsteht durch den

---

[8] Bei der Quartierlast z. B. wird die Ordnung unter den Pflichtigen dem Willen des Gesetzes gemäfs durch die Gemeindebehörde (Gemeindebeschlufs, Ortsstatut) geschaffen. Dieselbe bedeutet aber immer nur eine Rangfolge in der Heranziehung der Pflichtigen, und diese Rangfolge hat nur dadurch soviel freien Spielraum, dafs nicht leicht die sämtlichen verfügbaren Wohnräume auf einmal in Anspruch genommen werden. So kann z. B. nach dem Steuerfufse verteilt, oder können die Hauseigentümer allein für pflichtig erklärt werden, so dafs Mieter frei ausgehen; V.G.H. 21. Juli 1884 (Samml. V S. 260); desgl. 22. Mai 1885 (Reger VII S. 72). Die gesetzliche Last ruht nach wie vor auf allen Wohnungsbesitzern, und wenn einmal der beschränkende Verteilungsmafsstab nicht ausreicht, wird er ohne weiteres durchbrochen, um auch das demnach Freibleibende in Anspruch zu nehmen; Sickmann, Die Quartierleistung S. 38.

Rechtssatz. Nur sagt der Rechtssatz nicht: du sollst dies und jenes leisten; sondern er sagt: du sollst leisten, was man in gehöriger Weise von dir fordert. Deshalb ist die Anforderung notwendig, um die gesetzliche Pflicht zur Vollendung zu bringen. Das schliefst nicht aus, dafs die Anforderung gleichwohl in Form eines obrigkeitlichen Aktes geschehe, durch einen Verwaltungsakt, der die Leistung auferlegt, oder durch einen richterlichen Befehl; das Mehr an Form und Rechtsbedeutung kann ihrer Wirksamkeit nicht schaden[9]. Aber es ist nicht notwendig dafür. Die Anforderung kann wirksam geschehen von Beamten, welche behördliche Eigenschaft überhaupt nicht haben, wie von untergeordneten Polizeibediensteten oder Forstbeamten[10], oder welchen wenigstens dem Angeforderten gegenüber eine Befehlsgewalt nicht zusteht, z. B. von requirierenden Militärbehörden[11]. Unter Umständen genügt sogar die Anforderung eines Privaten, der mit der Wahrnehmung des eigenen Interesses auch das öffentliche Interesse dadurch geltend zu machen berufen ist[12].

---

[9] Bei geordneten Lasten, die ja überhaupt die Stelle der Steuern vertreten, kann nach deren Vorbild ein Verfahren der Anforderung beobachtet werden, in welchem die Pflicht der Einzelnen im voraus obrigkeitlich festgesetzt wird durch einen bindenden Akt, jede für sich oder nach einem Gesamtwerk, einem Kataster. So namentlich bei Hand- und Spanndiensten für Gemeindewege; das Gleiche mag aber auch bei Quartierleistungen beobachtet werden. Wenn die Anforderung von einer Behörde ausgeht, wird sie überhaupt leicht die Gestalt eines Befehles annehmen. Nur mufs man noch unterscheiden: wenn z. B. ein gerichtlicher Befehl vorliegt, jemanden zu laden als Zeugen oder Sachverständigen, so ist das ein Befehl und zwar ein Dienstbefehl an den Zustellungsbeamten, nicht an den Zeugen oder Sachverständigen; die vollzogene Ladung selbst ist nur eine Anforderung an diesen.

[10] So bei öffentlicher Not oder bei Unglücksfällen nach Stf.G.B. § 360 Ziff. 10. Rüdorff (Stenglein), Kom. zu Stf.G.B 6. Aufl. S. 762: „auch jeder andere Polizeibeamte, wie Schutzleute, wenn sie an der Stelle des Unglücks allein die öffentliche Autorität vertreten und Nothülfe leisten". — Preufs. Feld- u. Forst-Pol.-Ges. § 44 n. 4 verpflichtet zur Hülfeleistung bei Waldbränden auf Aufforderung eines Forstbeamten.

[11] Reichsges. über Kriegsleistungen v. 13. Juni 1873 § 4 Abs. 3.

[12] So nach dem oben angeführten § 44 n. 4 des Preufs. Feld- und Forst-Pol.Ges., wonach auch der Forstbesitzer die öffentliche Hülfeleistungspflicht durch seine Anforderung wirksam macht. Ein Seitenstück bietet die Ladung des Zeugen, welche die Partei selbst vornehmen läfst, gemäfs Stf.Pr.O. § 219. Die Wirkung ist, was die Pflicht des Geladenen anlangt, ganz die nämliche, wie wenn das Gericht die Ladung verfügt hätte. Daran zeigt es sich, wie unrichtig es ist, die Zeugenpflicht auf eine „Gehorsamspflicht gegen die Gerichtsgewalt" zurückzuführen. Das Gericht hat sich ja hier geradezu geweigert, einen „Befehl" zu erlassen, und ihm zum Trotz wird wirksam geladen.

3. Die Erfüllung der mit der Anforderung zur Geltung gebrachten Leistungspflicht ist gesichert durch Strafandrohung und Zwang. Die Formen dieser Sicherungsmittel entsprechen den bei polizeilichen Pflichten verwendeten (Bd. I §§ 22, 23), mit welchen sie deshalb auch gerne einfach zusammengeworfen werden.

Strafandrohung verbindet sich vor allem mit den Zufallslasten zur Abwendung einer Not gemäfs Strf.G.B. § 360 Ziff. 10. Strafbar ist die pflichtwidrige und schuldhafte Nichtbefolgung der Anforderung. Ob Schuld vorliegt, wird der Strafrichter hier nach denselben Grundsätzen zu prüfen haben, wie bei der Polizeiübertretung (Bd. I § 22); es handelt sich auch hier um Nichterfüllung einer öffentlichrechtlichen Verbindlichkeit. Ob eine solche bestand, hängt ab von der Frage, ob ein Bedürfnisfall vorlag, der die Verpflichtbaren zur Hülfeleistung berief, und ob eine Anforderung innerhalb des Rahmens der Last ergangen ist. Beides prüft der Richter, insbesondere auch die Frage, ob der Bedürfnisfall, also hier die gemeine Not wirklich vorlag; denn ein obrigkeitlicher Akt, der diese seine Voraussetzung selbständig bezeugte, ist die Anforderung nicht. Dagegen prüft er nicht, ob die geforderten Leistungen zweckmäfsig waren und zur Abwendung der Not geeignet. Stand der Angeforderte für derartige Leistungen dem Unternehmen einmal zur Verfügung, so hatte er auch unzweckmäfsiger Verwendung gegenüber die Pflicht zu erfüllen[13]. — Anders wird es sich verhalten, wenn ein Strafrechtssatz gegeben ist für Nichterfüllung einer Last, für welche der Bedürfnisfall durch amtliche Mafsregeln geschaffen wird. Hier ist dieser Punkt mit der Mafsregel erledigt; der Strafrichter kann nicht hinter sie zurückgehen und prüfen, ob sie ihrerseits durch die Umstände gerechtfertigt war. Indem das Gesetz die Last nur an die Mafsregel knüpfte, hat es die Pflicht unabhängig gemacht von allem, was diese begründete[14].

---

[13] Bayr. Ob.G.H. 29. März 1873 (Samml. III S. 132): Nach einem Brande beordert der Bürgermeister mehrere Gemeindeangehörige zur Sicherheitswache an den Brandplatz für die Nacht. Die Säumigen wenden gegen die Strafverfolgung ein, die Mafsregel sei unnötig gewesen. Allein „der Polizeirichter hat nur zu prüfen, ob die allgemeinen Voraussetzungen gegeben seien, unter welchen das Gesetz die der Polizeibehörde gestattete Thätigkeit überhaupt eintreten läfst (der Bedürfnisfall), während die hiernach erlassene polizeiliche Anordnung selbst sich hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und Zweckmäfsigkeit der materiellen Prüfung von seite des Strafrichters entzieht.“ Ähnlichkeit und Verschiedenheit mit der Behandlung des Dienstbefehls (oben § 45, I) sind beide leicht zu erkennen und auch der Grund der Verschiedenheit ist einleuchtend.

[14] Beispiel: die Strafbestimmung des § 25 Reichsges. über die Kriegsleistungen. Ob der Bedürfnisfall gegeben war oder nicht, um Pferde auszuheben,

Die Zwangsmittel vermischen sich hier gänzlich mit den polizeilichen, sofern das Gesetz die öffentliche Last selbst, älteren Anschauungen entsprechend, als eine polizeiliche Pflicht behandelt wissen will und die allgemeine polizeiliche Befehls- und Zwangsgewalt darauf anwendet. In diesem Falle können namentlich auch die polizeilichen Ungehorsamsstrafen hier Anwendung finden.

Die Ersatzvornahme wird, auch abgesehen davon, hier von Bedeutung in denjenigen Fällen, wo die Naturalleistung nur eine erleichternde Form statt der sonst durchgeführten Geldleistung vorstellt, also bei den geordneten Lasten. Hand- und Spanndienste, gemeindliche Reihendienste, Quartierleistung können im Falle der Nichterfüllung ohne weiteres ersetzt werden durch anderweite Beschaffung des Erforderlichen auf Kosten des Schuldners. Die Kosten werden alsdann gegen ihn festgesetzt und im Zwangsbeitreibungsverfahren erhoben (Bd. I § 32). Bei Hand- und Spanndiensten, die geradezu nach Art der Steuern auferlegt werden, ist der an Stelle der schuldigen Naturalleistung tretende Geldbetrag manchmal im voraus katastermäfsig festgesetzt, so dafs die Leistung des Dienstes dem Pflichtigen nur zur Wahl steht; die Geldleistung wird von selbst geschuldet und beigetrieben, wenn die begünstigende Form der Erfüllung nicht gewählt ist[15].

Das wichtigste Zwangsmittel ist hier die Gewaltanwendung. Im Gegensatz zur Polizei hat die Last nicht ein blofses Unterlassen, sondern ein Leisten zum Gegenstand, darunter auch eine Gewährung von Sachen, die der Polizei ganz fremd ist. Für diese ist die Gewaltanwendung die angemessene Form des Zwangs: Quartier, Nahrungsmittel, Futter, Gerätschaften und Materialien aller Art werden zur Erzwingung der Lastpflicht mit Gewaltanwendung beschafft durch einfache thatsächliche Inbesitznahme unter Brechung des etwaigen Widerstandes. Für persönliche Leistungen ist auch hier dieses Zwangs-

hat der Richter nicht zu untersuchen; für ihn genügt es, dafs eine Mobilmachungsordre vorlag. Ebenso wird behandelt die Strafe auf Nichterfüllung der Zeugen- und Sachverständigenpflicht; C.Pr.O. § 345, Stf.Pr.O. § 50.

[15] C.C.H. 11. Jan. 1873 (J.M.Bl. S. 73) behandelt einen Fall, wo die Servisdeputation (Einquartierungsamt) von den Hausbesitzern ohne weiteres statt der Naturalleistung Einquartierungskosten erhoben hat. Das wurde für unzulässig erklärt. Die Naturalleistung ist im Sinne des Gesetzes als eine Vergünstigung anzusehen, die dem Pflichtigen nicht entzogen werden darf. Die Umwandlung in Geld ist immer nur Zwangsmittel.

mittel seiner Natur nach nicht das entsprechende (Bd. I § 23, III), und daher nicht von selbst zulässig[16].

III. Die Erfüllung der Lastpflicht hat Wirkungen nach zwei Seiten hin.

1. Sie setzt die Verwaltung in den Besitz der Mittel, welche der Pflichtige ihr zur Durchführung des öffentlichen Unternehmens zu gewähren hat. Die rechtliche Macht, die dadurch für sie begründet wird, hat je nach dem Inhalt der Leistung eine verschiedene Gestalt.

Handelt es sich um eine persönliche Thätigkeit, Arbeitsleistung, Auskunftserteilung, so tritt der Erfüllende damit in die Abhängigkeit von den Anweisungen, welche ihm behufs Ausführung des Unternehmens von dem Leiter derselben gegeben werden. Es entsteht ein ähnliches Verhältnis, wie es bei der öffentlichen Dienstpflicht in der Dienstgewalt zum Ausdruck kommt, nur äufserlicher und formloser; es ist einfach die Entfaltung der Lastpflicht in ihre Einzelheiten. Nichtbefolgung der Anweisungen wird in Rücksicht auf Strafen und Zwangsmittel ebenso behandelt wie die Weigerung der Erfüllung überhaupt. Überdies wird der Widerspenstige wegen Störung des Unternehmens den Mafsregeln der besonderen Polizei desselben ausgesetzt sein[17].

Wo Sachen zum Gebrauch überlassen werden mufsten, tritt die Verwaltung in den körperlichen Besitz dieser Sachen, in welchem sie sich durch Selbsthülfe schützt (oben Bd. I § 24, I). Das Mafs des Gebrauchs ist durch den Zweck des Unternehmens inhaltlich und zeitlich bestimmt; er kann auch zum Verbrauch führen. Die Sache bleibt Eigentum des Pflichtigen und ist nach Endigung des lastmäfsigen Gebrauchs zurückzugeben wie sie ist[18].

[16] Für gesetzlich vorgesehene Kriegsleistungen wird allerdings auch zur Erzwingung von Handlungen das Mittel der Gewalt und Drohung verwendet werden können. Einen Versuch mit Gewaltanwendung zur Erzwingung einer Handlung, die kraft Lastpflicht geschuldet ist, gestattet Stf.Pr.O. § 50, wonach der geladene Zeuge zwangsweise vorgeführt werden darf. Mehr als ein Versuch ist das nicht, denn zum Reden kann man ihn mangels einer Foltereinrichtung doch nicht zwingen. — Thatsächliche Besitzergreifung an Sachen kann auch ohne vorhergehende Anforderung geschehen, wenn die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind und man des Besitzers nicht gleich habhaft werden kann, um die Form zu erfüllen: so wird man Quartier, Gerätschaften, Lebensmittel auch in Abwesenheit des Lastpflichtigen sich beschaffen können. Das ist aber nur ein summarisches Verfahren und immer noch verschieden von dem einfachen Notstandsrecht (oben Note 6).

[17] So unterliegt der Zeuge, der Sachverständige der Sitzungspolizei (G.V.G. § 177 ff.), der zu Löscharbeiten Herangezogene den Anordnungen des die Arbeiten leitenden Polizeibeamten (O.V.G. 16. Nov. 1881).

[18] Eine eigentümliche Art von Inanspruchnahme des Privateigentums zum

Ist die Sachleistung im Sinne der Lastpflicht so gemeint, dafs ein zeitliches Mafs und ein Anspruch auf seinerzeitige Zurückgabe nicht vorbehalten ist, vielmehr die Sache endgültig in die freie Verfügung der staatlichen Behörden übergeht, so wird der Staat Eigentümer. Beispiele sind die Pferdeaushebung, die Requisitionen von Vorräten an Futter, von Arzeneien, Verbandmitteln, Bewaffnungs- und Ausrüstungsgegenständen, die Inanspruchnahme von Schiffen zu Flufssperren.

Der Eigentumsübergang vollzieht sich mit der Besitzergreifung. Die Regeln des Kaufes finden darauf keine Anwendung; es ist keine Eigentumstradition, überhaupt kein civilrechtliches Rechtsgeschäft. Das Eigentum wird auch begründet durch die Besitzergreifung gegen den widerspenstigen Eigentümer, wie gegen den abwesenden oder unbekannten Eigentümer.

Es ist auch keine Enteignung. Die Eigentumsbegründung vollzieht sich nicht durch einen Verwaltungsakt, sondern lediglich durch die thatsächliche Besitzergreifung auf Grund der Last.

Der Eigentumsübergang verknüpft sich mit der Besitzergreifung kraft Gesetzes. Das Gesetz ermächtigt die Verwaltung, die Gewährung solcher Sachen zu verlangen behufs freier Verfügung darüber, also zu einer unbeschränkten rechtlichen Herrschaft. Diese Herrschaft ist hergestellt mit der vollzogenen Leistung, d. h. mit der zugestandenen oder gewaltsam durchgeführten Besitzergreifung. Der ganze Vorgang ist öffentlichrechtlicher Natur mit Einschlufs seiner Wirkung. Diese Wirkung, die unbeschränkte rechtliche Herrschaft über die Sache ist aber Eigentum, und zwar ein Eigentum, welches für alle weiteren rechtlichen Beziehungen, in welche der Staat von da aus tritt, nach Civilrecht zu behandeln ist, also civilrechtliches Eigentum. Es findet hier am Schlusse ein Umschlag statt von der gleichen juristischen Natur, wie wir ihn bei der Enteignung (oben § 34, I n. 4) zu beobachten hatten[19].

Gebrauch enthält das sächsische Recht. Nach Ges. v. 7. Dez. 1837 § 7 und V.O. v. 30. Nov. 1867 und 10. April 1869 findet „zwangsweise Erpachtung von Areal zu militärischen Schiefsstandzwecken“ statt; Sächs. Ztschft. f. Pr. VIII S. 260. Ein einseitig erzwungener Vertrag ist ein Unding. Es handelt sich nicht um eine obrigkeitlich vorgenommene Erpachtung, sondern um eine Lastpflicht, vollzogen durch eine Anforderung mit Besitzergreifung, deren Wirkungen dann, so will es das Gesetz, nach den Regeln eines abgeschlossenen Pachtvertrags beurteilt werden.

[19] Der Eigentumsübergang wird blofs erklärlich als Wirkung des Rechtssatzes, auf Grund dessen die Besitzergreifung zum Vollzug der Lastpflicht erfolgt. Die thatsächliche Wegnahme von Sachen in Anwendung des einfachen Notstandsrechts, das wir oben Note 6 von der öffentlichen Last unterschieden haben, auch wenn

2. Die Erfüllung der Lastpflicht, ob freiwillig oder gezwungen, kann die Entstehung eines Entschädigungsanspruches zur Folge haben. Es sind natürlich nur die Regeln der öffentlichrechtlichen Entschädigung, die hier in Betracht kommen. Alles hängt also davon ab, ob die Leistung als ein besonderes Opfer im Sinne dieses Rechtsinstituts anzusehen ist. Das trifft jedenfalls dann nicht zu, wenn geordnete Lasten lediglich an Stelle einer steuerlichen Geldleistungspflicht Naturalleistungen einfordern. Der Ausgleich findet sich hier, wie bei der Steuer, im allgemeinen Zweck der Last und im Ganzen der öffentlichen Auflage.

Aber auch wo der Zufall entscheidet, welchen Einzelnen oder welche Gruppe von Einzelnen die Last trifft, verschwindet der Gedanke eines Opfers möglicherweise hinter dem eigenen Interesse, das durch die Leistung mit geschützt wird. So bei der Arbeitsleistung der bedrohten Gegend zum Deichschutz oder der Ortsbewohner zur Bekämpfung der Feuersbrunst, desgleichen bei der Feuerwehrdienstpflicht.

Bei Militärlasten und Gerichtslasten ist das Verfahren zur Gewährung der Entschädigung und das Mafs derselben meist besonders geordnet[20]. Im übrigen werden die allgemeinen Grundsätze über die öffentlichrechtliche Entschädigung auch hier mafsgebend sein.

§ 48.

Fortsetzung; Vorzugslasten und Verbandlasten.

Öffentliche Lasten können dem Einzelnen in der Art auferlegt sein, dafs der Zusammenhang mit dem bestimmten öffentlichen Unternehmen in der Rechtsform der Auflage selbst hervortritt. Die Last wahrt dann ihre Eigenart gegenüber der Steuer schon dadurch und ist zum Unterschied von der gemeinen Last denkbar mit einem Inhalt der Leistung, der sonst mit dem der Steuer übereinstimmte, mit einer

---

sie geschieht zum Verbrauch der Sachen und endgültig, vermag kein Eigentum zu begründen. Wie sollte sie auch? Das giebt noch einen bedeutsamen Unterschied.

[20] Die ältere Auffassung sieht in allen diesen Dingen civilrechtliche Ansprüche, die sie sich allerdings nicht recht zu erklären weifs. So C.C.H. 11. Mai 1861 (J.M.Bl. 1862 S. 44) und 8. Dez. 1865 (J.M.Bl. 1866 S. 98). Danach ist die Servisvergütung „privatrechtlicher Natur und blofs an Stelle eines Kontraktes durch das Gesetz festgesetzt“. Es müfste wohl heifsen: an Stelle der Hälfte eines Kontraktes; denn die andere Hälfte bildet die Quartierleistung, die ihrerseits ja auch kontraktlich bedungen sein könnte und nur „an Stelle eines Kontraktes durch das Gesetz festgesetzt ist“. Hoffentlich ist die Zeit solcher juristischer Ungeheuer jetzt vorüber.

reinen Geldzahlungspflicht. Die beiden Formen, die da in Betracht kommen, sind die der Vorzugslast und der Verbandlast.

I. Die öffentliche Vorzugslast kennzeichnet sich durch den Grund, der die Belastung des Einzelnen rechtfertigt und ihr Recht bestimmt. Dieser Grund liegt darin, dafs der Betroffene dafür angesehen ist, an dem Bestande und der Instandhaltung des öffentlichen Unternehmens besonders beteiligt zu sein. Dieser sachliche Zusammenhang der Pflicht bestimmt ihre Natur als die einer öffentlichen Last in dem oben S. 263 aufgestellten Begriffe. Die Leistung selbst kann diese Natur noch weiter bestätigen durch ihre Beschaffenheit, insofern sie etwa als Naturalleistung für das Unternehmen stattfindet. Aber notwendig ist das hier nicht. Das Wesentliche ist eine Werterstattung an den Unternehmer: die Vorzugslast erscheint im Gegensatz zur gemeinen Last zumeist in Geldzahlungen. Wenn die Geldzahlung des Einzelnen nur einen Teil des Aufwandes zu decken bestimmt ist, sei es, dafs der Überschufs zu Lasten des Unternehmers verbleibt, sei es, dafs er durch Nebenverpflichtete gedeckt wird, sprechen wir von Beiträgen.

1. Die besondere Beteiligung der Einzelnen, welche der Lastpflicht hier zu Grunde liegt, besteht darin, dafs das Unternehmen um ihretwillen ausschliefslich oder wenigstens vorzugsweise vor Anderen da ist und Herstellungs- und Unterhaltungskosten erfordert. Sie sind als die Veranlasser dieses Aufwandes angesehen und deshalb sollen sie ihn auch tragen.

Das Anwendungsgebiet der Vorzugslast bilden zum Teil solche öffentliche Anstalten und Einrichtungen, von deren Benützung zugleich Gebühren erhoben werden können. Dann stehen die beiden Rechtsinstitute selbständig und deutlich verschieden nebeneinander. So bei der öffentlichen Schule einerseits die Schullast, andererseits das Schulgeld. Die Last kann hier allerdings auch die Pflicht eines Selbstverwaltungskörpers bedeuten, seine Aufgabe zu erfüllen (unten § 60). Die Gegenüberstellung wird aber dann am deutlichsten, wenn die besondere Last in Gestalt von Beiträgen zu dem Unternehmen erscheint. So finden wir an den Ortsstrafsen möglicher Weise die drei Rechtsinstitute vereinigt: die Selbstverwaltungslast der Gemeinde in Gestalt der Strafsenbaupflicht, die Vorzugslast der angrenzenden Hausbesitzer in Gestalt der Strafsenbeiträge und die Gebührenpflicht der Benutzenden in Gestalt der Pflasterzolls.

Vorzugslasten und namentlich Beitragspflichten knüpfen sich aber auch an solche Unternehmungen, für welche Gebühren der Benützung

überhaupt nicht erhoben werden: Deiche, Krankenkassen, Unterstützungskassen aller Art.

Der Beitrag hat, wie die Gebühr, die Natur einer Entgeltleistung. Aber die Gebühr ist der Entgelt für eine bestimmte einzelne Leistung, der Beitrag der Entgelt für den Bestand des Unternehmens, der für den Beitragleistenden als solchen ein allgemeines dauerndes Interesse hat oder dafür angesehen wird, dafs er es habe [1].

2. Die besondere Beteiligung an dem Bestande des Unternehmens ist nur der innere Grund der Leistungspflicht. Rechtspflicht wird diese erst dadurch, dafs sie in die entsprechenden rechtlichen Formen gebracht wird. Dies kann aber in verschiedener Weise geschehen; nicht jede Form, in welcher es geschieht, giebt unser Rechtsinstitut, wenn auch bei Teilleistungen der Name Beitrag um der gleichen wirtschaftlichen Grundlage willen überall gebraucht wird.

Die besondere Beteiligung an einem öffentlichen Unternehmen kann zum Ausdrucke kommen durch freiwillige Übernahme einer Beitragspflicht dafür. Es können Einzelne in dieser Weise Zusagen machen, um das Zustandekommen eines öffentlichen Unternehmens überhaupt oder in einer ihnen besonders entsprechenden Art der Ausführung zu fördern. Der Bau von Eisenbahnen, Strafsen, Brücken, die Anlage von Stauwehren behufs gleichmäfsigeren Wasserzuflusses, auch die Neuerrichtung öffentlicher Lehranstalten liefern häufige Beispiele. Die durch ausdrückliche oder stillschweigende Annahme des Anerbietens von seiten des Unternehmers perfekt gewordene Beitragspflicht wird als eine vertragsmäfsige civilrechtliche anzusehen sein. Jedenfalls ist unser Rechtsinstitut aufser Frage: es handelt sich nicht um eine dem Unterthanen auferlegte Pflicht [2]. — Auch Gemeinden und andere Selbstverwaltungskörper können in ähnlicher Weise durch Zuschüsse ein öffentliches Unternehmen des

[1] Neumann, Die Steuer S. 327. Der Beitrag, wie die Gebühr, ist von Haus aus ein finanzwissenschaftlicher Begriff. Er ist einerseits enger, andererseits weiter als der unserer Vorzugslast; für letzteres hier oben sofort die Belege.

[2] Das französische Recht behandelt die aus den offres de concours sich ergebenden Zuschufsverbindlichkeiten als öffentlichrechtliche Zahlungspflichten: die Annahme durch die Verwaltungsbehörde ist ein Verwaltungsakt, der die Pflicht auferlegt; vgl. Theorie des Franz. V.R. S. 360. — Bayr. Ob.G.H. 26. Nov. 1875 (Samml. V S. 598) giebt den Fall, wo ein Gutsbesitzer der Gemeinde gegenüber die Pflicht zur Stellung des Holzbedarfes für eine neu zu erbauende Gemeindebrücke übernimmt; Oberst. L.G. 22. Febr. 1884 (Reger V S. 470) den Fall, wo der Gutsbesitzer sich verpflichtet, einen Gemeindeweg zu unterhalten unter der Bedingung, dafs die Gemeinde noch einen anderen Weg herstelle. Beides wird als gewöhnlicher Vertrag, als „privatrechtlicher Titel“ angesehen.

Staates unterstützen; das fällt unter den Gesichtspunkt eines Aktes der Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten der Gemeinde, ist öffentlichrechtlicher Natur, gehört aber ebenso wenig hierher (vgl. unten § 60). — Der freiwillige oder gezwungene Eintritt in einen Verein oder eine Genossenschaft, die ein öffentliches Unternehmen zu führen haben, bekundet ebenfalls eine besondere Beteiligung an diesem Unternehmen und verpflichtet zu Beiträgen. Die Beitragspflicht aber erhält hier ihre selbständige Grundlage in der Mitgliedschaft, und damit ist wiederum ein anderes Rechtsinstitut gegeben als das hier betrachtete (vgl. unten § 56 n. 2).

Die Vorzugslast ist nur da vorhanden, wo die Beitragspflicht oder die besondere Leistungspflicht überhaupt begründet wird öffentlichrechtlicher Weise durch eine Auflage, welche dem Pflichtigen gemacht wird, nicht nach seinem freien Entschlufs und guten Willen, noch um einer Vereinsmitgliedschaft willen, sondern, wie es dem Begriff der Auflage entspricht, in Geltendmachung der obrigkeitlichen Macht über ihn.

Als mögliche Formen für eine derartige Auflage liefert das heutige Recht das Gesetz und den Verwaltungsakt.

Mancherlei Arten von Verpflichtungen, für den Aufwand eines öffentlichen Unternehmens Leistungen zu machen, hat uns das ältere Recht hinterlassen; der Vertrag oder das Herkommen ist ihr Titel. Sie können als gemeine Lasten erscheinen (vgl. oben § 47, II n. 1). Soweit sie auf der Grundlage einer besonderen Beteiligung des Pflichtigen an dem öffentlichen Unternehmen stehen, werden sie in diese zweite Form unseres Rechtsinstituts einzureihen sein; die Fälle, wo die Pflicht die Gestalt einer Reallast bekommen hat, sind auch hier wieder auszuschliefsen (oben S. 268). Als Beispiele herkömmlich begründeter besonderer Lasten können gelten die Hand- und Spanndienste der Angrenzer eines öffentlichen Weges zum Zwecke der Unterhaltung desselben, namentlich aber in Städten vielfache Pflichten der Hausbesitzer zu Leistungen für ihre öffentliche Strafse[3].

---

[3] O.V.G. 26. Dez. 1881: Pflicht der Hausbesitzer, die Strafse zu reinigen, auf Grund einer Observanz bestehend. Ähnlich O.V.G. 13. Febr. 1884 wegen einer Observanz, welche die Hausbesitzer zur Unterhaltung der Bürgersteige verpflichtet. Sächs. Ztschft. f. Pr. IX S. 241 (Gilbert) über „Sonderverbindlichkeiten beim Wegebau". — Ganz eigenartig, wenn auch ähnlichen Inhalts, sind die alten öffentlichrechtlichen Lasten in R.G. 26. Juni 1880 (Reger V S. 113): Wegeunterhaltungspflicht eines Gutsbesitzers auf Grund alten Erbpachtvertrages; Württemb. Gerichtsblatt 18 S. 378: Landesherrliche Verpflichtung zur Bestreitung der Schulbedürfnisse übernommen bei Einziehung von Kirchengut, also eine Last des Fiskus. Dahin

3. Die Entstehung von Vorzugslasten nach heutigem Recht weist insofern einen Gegensatz zur gemeinen Last auf, als für sie die beiden möglichen Formen einer Auflage zur Anwendung kommen, nicht wie bei der gemeinen Last ausschliefslich der Rechtssatz. Danach zerfallen sie von vorneherein in zwei Arten.

Sie können auferlegt sein durch einen Rechtssatz des Gesetzes oder, was gleichsteht, durch den Rechtssatz einer kraft Gesetzes erlassenen Verordnung oder statutarischen Bestimmung: gesetzliche Vorzugslasten[4].

Sie können aber auch auferlegt sein durch eine Verfügung, einen Verwaltungsakt, der sie mit freiem Entschlusse im Einzelfalle begründet: Vorzugslasten kraft Einzelauflage.

Eine solche Einzelauflage durch Verwaltungsakt ist zunächst in der Weise denkbar, dafs das Gesetz der Verwaltung die Ermächtigung dazu giebt. Da wird es natürlich die Voraussetzungen seiner Ermächtigung möglichst genau bestimmen. Sie laufen immer darauf hinaus, dafs nach dem gegebenen Thatbestand bestimmte Einzelne an dem Unternehmen hervorragend beteiligt sind durch Vorteile, die ihnen aus der Schaffung und dem Bestand desselben erwachsen, möglicherweise auch durch eine besonders starke Benützung und Abnützung, welche die Einrichtung von ihrer Seite erfährt, ohne dafs die Deckung durch Gebühren stattfände. Die Billigkeit fordert alsdann einen Ausgleich durch einen Beitrag oder volle Aufwands-

---

gehören wohl auch die sogenannten Komplexlasten des bayrischen und württembergischen Rechts: Württemb. Arch. f. R. 22 S. 372; Bl. f. adm. Pr. 1877 S. 33 ff., woselbst als Beispiele angeführt sind die auf einem ganzen Vermögenskomplexe lastenden Verpflichtungen zur Leistung der Besoldung eines Geistlichen, Kultusbaulast, Baupflicht an sonstigen öffentlichen Anstalten, Haltung von Zuchtstieren (S. 42). — Die Frage, ob öffentlichrechtlich oder privatrechtlich, wird in Bl. f. adm. Pr. 1884 S. 383 ff. und O.V.G. 2. Dez. 1887 (Samml. IX S. 287) damit zu lösen gesucht, dafs man „dingliches Recht“ und „öffentliches Recht“ als die mafsgebenden Gegensätze erklärt. Allein auch als Reallasten könnten solche Pflichten öffentlichrechtlich sein (oben § 47 Note 5); die dingliche Natur scheidet sie nicht vom öffentlichen Recht, sondern nur von unserem Rechtsinstitut der öffentlichen Last.

[4] Hier entsteht wie bei der gemeinen Last die Frage, ob die Befugnis zur rechtssatzmäfsigen Auferlegung solcher besonderer Lasten in den allgemeinen polizeilichen Ermächtigungen enthalten ist (oben § 47 Note 4). Unter den heutigen Begriff der Polizei fällt dergleichen sicher nicht: Bd. I § 19 Note 15. Gleichwohl pflegt die Frage bejaht zu werden: O.V.G. 8. Nov. 1876; Bl. f. adm. Pr. 1876 S. 37 ff.; Ob.G.H. 6. März 1835. Die Vermittlung wird in einem besonderen Herkommen gesucht, das solche Dinge der Polizeigewalt noch zuweisen soll: Bl. f. adm. Pr. 1888 S. 104; O.L.G. München 19. Okt. 1886; vgl. auch V.G.H. 1. Febr. 1881 (Samml. II S. 530).

erstattung. Der Behörde ist die Macht gegeben, dieser Billigkeitsforderung nach freiem Ermessen der Umstände des Einzelfalles gerecht zu werden[5].

Unter Umständen kann das aber geschehen auch ohne gesetzliche Ermächtigung vermöge der Unterwerfung des Betroffenen unter den belastenden Verwaltungsakt. Dabei ist nicht an die freiwilligen Zuschüsse zu einem öffentlichen Unternehmen zu denken; das giebt, wie wir gesehen haben, nicht die Auflage einer öffentlichen Last, sondern einen civilrechtlichen Vertrag (oben Note 2). Der Fall ist vielmehr der: der Einzelne will eine Anlage machen, für welche eine öffentliche Einrichtung benützt oder neu hergestellt werden mufs; die Ausführung dieses Planes ist aber rechtlich abhängig von einer Zustimmung der Behörde, und zwar gerade deshalb, weil sie für diese öffentliche Einrichtung Fürsorge zu treffen hat. Es verhält sich da ähnlich, wie bei einer Polizeierlaubnis, welche mit den nötigen Auflagen im polizeilichen Interesse verbunden werden kann (Bd. I § 21 II n. 3). In gleicher Weise kann hier die Zustimmung bedingt werden durch die Übernahme der Kosten der öffentlichen Einrichtung oder eines Beitrags dazu oder wenigstens durch die Sicherstellung der künftigen Leistung. Durch die Annahme dieser Bedingungen, in ausdrücklicher Erklärung oder in stillschweigender Benützung der so erteilten Erlaubnis, wird der Empfänger verpflichtet. Die Behörde handelt aber obrigkeitlich ihm gegenüber. Sie schliefst keinen Vertrag, sondern erläfst einen Verwaltungsakt. Die Einwilligung des Betroffenen, seine Unterwerfung ist wieder nur die Voraussetzung für die Gültigkeit dieses Aktes. Die Unterwerfung ist hier allerdings keine ganz freie, die Last wird nicht von freien Stücken übernommen: es besteht eine gewisse Nötigung dazu, insofern die Behörde die Macht hat, andernfalls das ganze Vorhaben zu verhindern; darum können wir hier trotz dieser Zustimmung von einer Auflage sprechen im Gegensatz zu einem freiwilligen Zuschusse[6].

---

[5] Hierher gehören die besonderen Beiträge für Wegeunterhaltung, welche Unternehmern von Steinbrüchen, Bergwerken, Fabriken auferlegt werden können, wegen des ausgezeichneten Mafses, in welchem der Weg von ihnen benützt und abgenützt wird; v. Reitzenstein in Wörterbuch II S. 909. In sehr umfassender Weise und mit eigentümlicher Berechnung des Beitrags kommt diese Form zur Anwendung in der Mehrwerts-Entschädigung nach französischem Ges. v. 16. Sept. 1807 art. 30—32, noch gültig in Elsafs-Lothringen und der Pfalz; Theorie des Franz. V.R. S. 358.

[6] O.Tr. 5. Juni 1877 (Str. 99 S. 182): Nach preufs. Ges. vom 3. Jan. 1845 §§ 25, 26 bedürfen neue Ansiedlungen aufserhalb der Ortschaften einer polizeilichen Genehmigung. Die Polizeibehörde hat genehmigt unter der Bedingung, dafs

4. Die Vorzugslast bedeutet nicht, wie die gemeine, ein zur Verfügung stehen der Verpflichtbaren, von welchem nach Ermessen des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens Gebrauch gemacht werden kann. Es handelt sich um Pflichten, die bestimmt sein sollen nach dem angenommenen Mafs der Beteiligung des Pflichtigen.

Daher ist hier von einer öffentlichrechtlichen Entschädigung keine Rede. Daher entwickelt sich auch die Pflicht nicht in der regelmäfsigen Stufenfolge der gemeinen Last. Der Inhalt der Leistung kann im voraus festgesetzt sein durch den Begründungsakt selbst; das ist bei der Einzelauflage der Hauptsache nach immer der Fall. Der Eintritt eines Bedürfnisfalles wird nicht durchweg bedeutsam; statt dessen finden wir in regelmäfsigen Terminen wiederkehrende feste Beiträge. Die Leistungspflicht ist auch in ihrer Vollendung nicht bedingt durch eine Anforderung; sie wird fertig unmittelbar mit dem Zusammentreffen der thatsächlichen Voraussetzungen [7].

Gesuchsteller einen Abzugskanal baue, dessen Anlage im gesundheitlichen Interesse infolge seiner Ansiedlung der Gemeinde obliegen würde. Die Stadt baut alsdann den Kanal selbst und der Ansiedler ist schuldig, ihr die Kosten zu ersetzen. — O.V.G. 25. April 1878: An noch nicht fertig gestellten Strafsen darf laut Ortsstatut nicht gebaut werden; Ausnahmen bewilligt die Gemeindeverwaltung, wobei sie ihre Bedingungen stellt wegen der nötigen vorläufigen Anlagen; mit Erteilung der Erlaubnis werden diese Pflichten auferlegt. — O.V.G. 1. Nov. 1887 erklärt es in solchem Falle für zulässig, auch Sicherheitsleistung für die künftigen Strafsengebühren zu verlangen (vgl. oben § 46 Note 32). — Solche Bedingungen können nur zu Gunsten derjenigen Einrichtungen auferlegt werden, um deren willen eben der Erlaubnisvorbehalt gemacht ist. Eine willkürliche Verbindung mit anderen Gelegenheiten, namentlich mit reinen Polizeierlaubnissen ist unzulässig; so erklärt sich O.V.G. 6. Dez. 1878: Die Polizeibehörde erteilt eine Polizeierlaubnis unter der Bedingung, dafs die geschuldeten Strafsengebühren bezahlt werden; das geht nicht an. — Einen besonders schönen Fall besprechen Bl. f. adm. Pr. 1871 S. 352: Eine öffentliche Strafse soll durchgraben werden mit einem Mühlkanal; dazu bedarf es der behördlichen (polizeilichen) Genehmigung. Diese wird erteilt nach Verständigung der Beteiligten, des Müllers und der Gemeinde, welcher der Weg gehört, wegen Bestellung einer Brückenbaulast; der Müller verpflichtet dabei sich und alle Nachfolger in seinem Anwesen, die durch dessen Übernahme von selbst in die Verpflichtung eintreten, die Brücke zu bauen und zu unterhalten. Diese Verständigung „erlangt erst definitive Existenz durch die polizeiliche Genehmigung“. Kommt eine Verständigung nicht zu stande, so kann die Genehmigung doch erteilt werden; dann „ist der Beschlufs allein die Rechtsquelle für die beiderseitigen Rechtsverhältnisse“. Vorausgesetzt immer, dafs wenigstens der zu belastende Müller ihn annimmt, ausdrücklich oder stillschweigend durch Benützung der erteilten Erlaubnis; dann begründet auf Grund seiner Unterwerfung der Verwaltungsakt seine Vorzugslast.

[7] Der Punkt ist namentlich bedeutsam geworden bei den Strafsengebühren. Die Strafse ist vollendet, das Haus gebaut; bevor eine Festsetzung und Anforde-

Die Erhebung von Geldbeiträgen bedient sich in grofsem Mafse der Formen der Steuern. Entweder wird nach dem Muster der direkten Steuern der Betrag des Geschuldeten durch einen Verwaltungsakt festgesetzt, so dafs die begründete Lastpflicht erst damit zum Vollzug gebracht werden kann[8], oder die Schuld wird unmittelbar zur Erhebung gebracht mit einfacher Mahnung, in Form der Verwendung von Stempeln, überhaupt mit dem Apparat der indirekten Steuern[9].

An Zwangsmitteln tritt für alle Arten von Geldzahlungspflichten die administrative Zwangsbeitreibung hinzu (Bd. I § 32, II). Unter den sonstigen Leistungspflichten kommt hier vor allem das opus

---

rung erfolgt, wird das Haus weiter veräufsert. Wer ist der Schuldner? Dafür ist die Frage entscheidend, wann die Schuld entstanden ist. Für die Pflasterungskostenlast nach älterem preufsischen Recht war entschieden worden, dafs die Schuld entstanden sei im Augenblick der Fertigstellung der Arbeiten; nur hatte man die Entstehung einer Reallast angenommen, vermöge deren die Schuld auf den späteren Erwerber des Gebäudes überging; O.Tr. 4. Okt. 1870 (Str. 79 S. 248), 16. Nov. 1876 (Str. 97 S. 25). Diese unnütze Zuthat ist jetzt bei der Behandlung der Strafsengebühren nach Gesetz v. 2. Juli 1875 § 15 fallen gelassen worden. O.V.G. 2. Nov. 1885 sagt von diesen: „Schuldner sind diejenigen Personen, welche zur Zeit der Bebauung im Eigentum der Grundstücke sein werden.“ Die Schuld geht also nicht mehr von selbst auf den Nachfolger im Eigentum über. Vgl. auch O.V.G. 16. Nov. 1888.

[8] So die Strafsengebühren nach Preufs. Ges. v. 2. Juli 1875 § 15. Die zu leistenden Beiträge werden rechtswirksam festgestellt und „umgelegt“; v. Brauchitsch Verw.gesetze IV S. 359 Note. R.G. 8. Juli 1886 (Samml. 17 S. 200) nennt sie freilich indirekte Gemeindesteuern, R.G. 22. Sept. 1888 (Samml. 22 S. 291) Gemeindesteuern schlechthin. Das ist natürlich nicht so genau zu nehmen. — Die Verpflichtung der Hausbesitzer, die Kosten der Strafsenpflasterung zu tragen, nennt O.V.G. 6. Juli 1886 eine öffentlichrechtliche Reallast, die ihnen zur Deckung dieser Kosten auferlegte Pflastersteuer eine direkte Gemeindesteuer, fügt aber dann hinzu: es sei „nicht eine Gebühr für Benützung einer Gemeinde-Anstalt als Entgelt für bestimmte einzelne Leistungen und deren Wert, sondern eine auf die Klasse der Hausbesitzer nach allgemeinen Normen steuerartig zu repartierende Geldabgabe, bestimmt die Kosten einer die Hausbesitzer liberierenden städtischen Einrichtung zu decken“. Der Begriff der Vorzugslast ist da ziemlich richtig wiedergegeben; auch der Ausdruck „steuerartig zu repartierend“ bezeichnet ganz gut das Verhältnis zur direkten Steuer.

[9] So verwendet das Invaliditäts- und Alters-Versicherungs-Gesetz die den indirekten Steuern eigentümliche Form des Stempels (oben Bd. I S. 404) zur Erhebung der geschuldeten Beiträge: die Lastpflicht entsteht ohne dazwischen kommenden Verwaltungsakt, ohne Kenntnis der Behörde und wird ohne sie erfüllt. — Die Lasten der Hausbesitzer in Bezug auf Reinhaltung, Besprengung, Bestreuung der Strafsen knüpfen sich ebenso unmittelbar an natürliche Vorgänge, höchstens dafs noch eine Mahnung hinzukommt; eine Festsetzung der Pflicht im Einzelfall vor der Erfüllung findet, im Gegensatz zur Form der direkten Steuer, nicht statt.

faciendum in Betracht, die Pflicht, ein gewisses Ergebnis zu Gunsten des öffentlichen Unternehmens herzustellen. Dafür ist dann die Ersatzvornahme die von selbst gegebene Zwangsform[10].

Im übrigen gilt das von der gemeinen Last Gesagte.

II. Verbandlasten.

Die Leistungspflicht für das öffentliche Unternehmen kann dadurch rechtlich ausgezeichnet sein, dafs sie einer Mehrheit von Unterthanen gemeinsam auferlegt ist. Die Rechtsinstitute der gemeinen Last und der Vorzugslast hatten immer nur ein einfaches Rechtsverhältnis zum Gegenstande: das zwischen der öffentlichen Gewalt und den einzelnen Belasteten. Hier verbindet sich nun damit zugleich ein Rechtsverhältnis der nebeneinanderstehenden Belasteten unter sich.

1. Im Verhältnisse zum Staat, zur Gemeinde handelt es sich zunächst um öffentliche Lasten in dem bisher entwickelten Begriff; es kommt nur noch hinzu, dafs sie ausgestattet sind mit einer Einrichtung, welche geeignet ist, die vollständige Befriedigung des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens sicher zu stellen.

Das bezweckte Gesamtergebnis kann ja so erreicht werden, dafs zu den vereinzelten Leistungen der Lastpflichtigen eigener Aufwand des Unternehmers ergänzend hinzutritt.

Die nebeneinanderstehenden Einzelleistungen der Lastpflichtigen können auch schon darauf berechnet sein, dafs sie in ihrer Zusammenrechnung das Ganze decken. So wird die Pflicht jedes Besitzers eines bebauten Grundstückes, den Bürgersteig vor seinem Grundstücke herzustellen oder die Strafse längs desselben zu reinigen, die Pflicht jedes Angrenzers eines Privatflusses oder Grabens, den Wasserabflufs darin freizuhalten, thatsächlich ein Gesamtergebnis herstellen, wonach ein fortlaufender Bürgersteig, eine durchweg rein gehaltene Strafse, ein ununterbrochener freier Abflufs gegeben ist.

Die thatsächlich zusammenwirkenden Pflichtigen bilden aber auf diese Weise noch keinen Verband; jeder steht für sich. Der Verband kommt erst dadurch zu stande, dafs für ein bestimmtes Unternehmen alle Lastpflichtigen derart verbunden sind, dafs sie zusammen das Ganze liefern müssen: jeder Einzelne schuldet nicht einen für

---

[10] So bei den Verpflichtungen der Hausbesitzer zur Strafsenreinigung, zum Sandstreuen bei Glatteis und dergl. C.C.H. 13. Febr. 1864 (J.M.Bl. 1864 S. 129): Die städtische Streukolonne besorgt ohne weiteres die nötige Streuung für den säumigen Hausbesitzer, und die Stadt zieht dafür eine feste Entschädigung ein. Über dieses summarische Zwangsverfahren: Bd. I § 23 Note 2.

ihn besonders berechneten Teil, sondern nötigenfalls das Ganze, und die Pflicht eines jeden ist nur in der Ausführung beschränkt durch die Mitwirkung der Mitverpflichteten. Ein Verband ist eine Gesamtheit von Lastpflichtigen, welche dafür aufzukommen haben, dafs durch die unter ihnen zu verteilenden Leistungen das Ganze des Bedürfnisses eines bestimmten öffentlichen Unternehmens gedeckt wird.

Die Last, die auf solche Weise zu einer gemeinsamen gemacht wird, kann für sich die Natur einer gemeinen Last haben. Beispiele geben die Landlieferungen für den Bedarf der bewaffneten Macht an lebendem Vieh, Brotmaterial, Hafer, Heu und Stroh nach Kriegsleistungsges. § 16 ff., zu welchem Zwecke Lieferungsverbände gebildet werden; desgleichen die Kriegsleistungen der Gemeinden nach demselben Gesetz § 3 ff.[11].

Die verbundenen Lasten können an sich betrachtet auch Vorzugslasten vorstellen. Natürlich eignen sich dazu nicht die von vorneherein nach einem beschränkten Mafs der Beteiligung bemessenen Beiträge. Da würde keine Verbandlast daraus. Sondern die Last des Unternehmens mufs der Gesamtheit der an ihm besonders Beteiligten als unverteiltes Ganze gegenüber stehen, um erst bei der Durchführung verteilt zu werden. Dahin gehören die Lasten der Deichverbände, der Schulverbände, der Verbände der Haushaltungsvorstände eines Bezirks behufs Bestellung einer gemeinsamen Hebamme[12].

Die Verbandlast ist aber auch die Form, in welcher Leistungspflichten auferlegt werden, die weder gemeine Lasten sein könnten wegen ihres Gegenstandes, noch Vorzugslasten, weil sie nicht auf eine besondere Beteiligung des einzelnen Verpflichteten gegründet sind: Geldleistungen nämlich, die ohne unterscheidendes Merkmal schlechthin allen leistungsfähigen Einwohnern des Gebietes auferlegt sind. Die Verbindung aller zu dem gemeinsamen Zwecke der Erfüllung der Bedürfnisse dieses öffentlichen Unternehmens giebt ihnen für sich allein die Natur der Last. Dahin gehören die Parochiallasten, die Gebietslasten der Wegeverbände, Armenverbände. Die Grenze zum Übergang in andere Rechtsinstitute (unten n. 3) und zum Verschwinden des Begriffs der öffentlichen Last liegt dabei allerdings besonders nahe. —

Die Eigenschaft der Verbandlast kann der Last nur gegeben werden durch einen Rechtsgrund, der sie überhaupt zu schaffen ge-

---

[11] Laband St.R. II S. 795 (3. Aufl. S. 759).

[12] An solchen Verbänden ist das preufsische Recht besonders reich; Foerster-Eccius Preufs. Priv.R. IV § 283; Rosin, Öff. Genossenschaft S. 75 ff.

eignet ist; das Nebeneinanderstehen gleichartiger Leistungspflichten für denselben Zweck genügt allein noch nicht; ob diese besondere Eigenschaft noch dabei sein soll, ist Frage der Auslegung. Als Rechtsgrund für die Entstehung der Verbandlast wirkt im neueren Rechte nur der Rechtssatz, Gesetz, oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung, Verordnung und Statut. Zahlreiche Verbandlasten sind uns aber wieder aus geschichtlichen Vorstufen unserer Rechtsentwicklung übermacht und beruhen auf Herkommen.

Die Heranziehung der einzelnen Mitglieder des Verbandes zur Leistung der Lastpflicht geschieht bei den oben erwähnten Kriegsleistungen, welche die Natur von Notlasten haben, nach der thatsächlichen Leistungsfähigkeit, im übrigen nach fest geordneten Mafsstäben der Verteilung[13].

Die Frage der Entschädigung entscheidet sich nach der inneren Art der Last. Vorzugslasten entschädigen nicht, auch wenn sie Verbandlasten sind. Gemeine Lasten ebensowenig, sofern sie als geordnete Lasten nur den Ersatz für Steuern bilden, und das Gleiche gilt von den Geldleistungen, die ohne Vorbild bei Vorzugs- und gemeinen Lasten nur bei Verbandlasten sich finden; denn auch diese werden als geordnete Lasten auferlegt. Für die Entschädigung bleiben also nur diejenigen Verbandlasten übrig, welche für die schliefslich betroffenen Einzelnen zugleich gemeine Zufallslasten sind: bei unseren Kriegsleistungen allein wird entschädigt.

2. Unter den verbundenen Lastträgern hat die Gemeinsamkeit der Last die schliefsliche Wirkung, dafs die Leistungspflicht eines jeden den Mitverpflichteten verhältnismäfsig entlastet. Das Nämliche kann auch auf dem Gebiete der Repartitionssteuern (Bd. I S. 391), der Gemeindeabgaben der Fall sein, überall überhaupt, wo eine bestimmte Summe auf eine Mehrzahl von Pflichtigen ausgeschlagen wird. Wo die Verteilung nur nach dem Mafsstabe der thatsächlichen Leistungsfähigkeit geschieht, wie bei den Kriegsleistungen der Lieferungsverbände, den Zufallslasten, hat es auch bei der Verbandlast bei dieser Wirkung einer thatsächlichen Entlastung sein Bewenden. Wo dagegen die Höhe des Pflichtanteils des Einzelnen innerhalb des Verbandes eine rechtliche Ordnung und Bestimmtheit erhalten hat, da weist diese Verteilungsordnung rechtliche Eigentüm-

[13] Die Lastträger können wieder zu einzelnen Gruppen zusammengefafst sein, mit einer gemeinsamen Vertretung. Als solche werden — noch ganz in genossenschaftlicher Weise — die im Verbandlastgebiete begriffenen Gemeinden aufgefafst. Gierke, Gen.R. II S. 403.

lichkeiten auf, welche nur bei der Verbandlast vorkommen. Sie ist nicht, wie namentlich bei den Steuern, eine der staatlichen Machtäufserung innewohnende Ordnung, aus welcher sich dann für die Einzelnen ergiebt, was jeden trifft. Sondern der Ausgangspunkt ist der umgekehrte: die Verteilungsordnung ist in erster Linie gedacht als ein gegenseitiges Verpflichtungsverhältnis der Verbundenen untereinander, an welches die Forderung der öffentlichen Gewalt erst als das zweite sich anschliefst.

Das wird nur erklärlich im Zusammenhange der ganzen geschichtlichen Entwicklung, deren Ergebnis unsere Verbandlast ist.

Die hervorragendsten Arten dieser Lasten und die zugleich das Muster gegeben haben für das ganze Rechtsgebilde, reichen zurück in ältere Zeiten, wo die Staatsgewalt noch weit entfernt davon war, die alles bewegende Kraft des öffentlichen Lebens sein zu wollen. Eine Reihe der wichtigsten Gemeininteressen finden ihre Befriedigung dadurch, dafs sich kleinere oder gröfsere Gruppen zusammenthun, um sie zu übernehmen: Deiche, Wege, Brücken, Bachreinigung werden so besorgt, später in ähnlicher Weise Schulanstalten und Armenwesen. Die Ordnung unter den Zusammenwirkenden ist eine gesellschaftliche, ein Rechtsverhältnis zwischen ihnen. In mehr oder weniger ausgeprägter Weise bildet sich darüber noch eine Vertretung der Gesamtheit mit Kräften zur Wahrung und Durchführung dieser Ordnung. Der Reichtum genossenschaftlicher Formen entfaltet sich darin.

Der Polizeistaat kommt darüber und nimmt die Wahrung der öffentlichen Interessen in seine Hand. Er duldet keine Selbständigkeiten neben sich. Die genossenschaftlichen Gesamtheitsvertretungen werden zerschlagen oder sinken herab zu geringen Beirats- und Mitwirkungsrechten. Die Gesellschaft selbst bleibt bestehen mit den gegenseitigen Pflichten der Verbundenen. Der Staat nimmt aber diese Pflichten zugleich als ihm geschuldet in Anspruch, um mit obrigkeitlicher Gewalt ihre Aufrechterhaltung und Erfüllung zu erzwingen. So wird die gesellschaftliche Pflicht zugleich zur öffentlichen Last; aber nur zugleich und in zweiter Linie: die öffentliche Last ist angehängt an die gesellschaftliche Pflicht der Verbundenen untereinander[14].

---

[14] Über den Entwicklungsgang: Gierke, Genossenschaftsrecht I S. 765 ff. Er nennt diese Vereinigungen für Kirche, Schule, Armenpflege, Wegeunterhaltung u. s. w. „gemeindeähnliche Verbände für besondere Zwecke". Sie sind nach ihm ursprünglich Genossenschaften. Der „obrigkeitliche Staat", wie er den Polizeistaat nennt, „strebt ihre Verwandlung entweder in blofse staatliche Bezirke, oder in Staatsanstalten mit juristischer Persönlichkeit an." — O.V.G. 7. Febr. 1883 (Samml. 9 S. 69) und 15. Mai 1885 (Samml. 12 S. 258) giebt die Grundzüge der

Das neuere Recht verwischt die Selbständigkeit dieses gesellschaftlichen Elementes mehr und mehr, ersetzt dafür auch die Verbandlast selbst in immer gröfserem Umfang durch die neubelebte juristische Person des öffentlichen Rechts. Soweit sie fortbesteht, bietet die Verbandlast auch jetzt noch gewisse Eigentümlichkeiten, die aus jener alten Grundidee sich ergeben.

Die Verteilung, welche zwischen den Verpflichteten geordnet ist, ist auch mafsgebend für das, was die öffentliche Gewalt von jedem zu fordern hat. Alte Vereinbarungen zwischen den Rechtsvorgängern, Herkommen und rechtsbegründende Verjährung, die zwischen ihnen sich gebildet haben, bestimmen den Umfang des Anteils an der Lastpflicht auch dem Staate gegenüber. Das ist dann die bestehende Verfassung des Verbandes, welche nur zu handhaben ist. Die neueren Gesetze, wo sie selbst die Art und den Mafsstab der Verteilung der Last ordnen, beanspruchen grundsätzlich unbedingte Geltung, heben also die älteren gesellschaftlichen Ordnungen auf und lassen neue Abweichungen auf diesem Wege nicht zu [15]. Soweit ein Spielraum noch gelassen ist, sind Verschiebungen der Anteile durch Vereinbarung der Lastträger auch jetzt noch denkbar. Aber sie wirken ohne weiteres jetzt nur zwischen den sich Vereinbarenden, so dafs eine

---

polizeistaatlichen Entwicklung folgendermafsen wieder: „Nach der Rechtsauffassung im vorigen Jahrhundert standen dem Staat in der Ausübung der Polizeihoheit zur Förderung der Wohlfahrt und Sicherheit des Ganzen als die ihm zunächst Verpflichteten die für obrigkeitliche Verwaltung verantwortlichen Korpora, die Magistrate, Dominien, Domänenämter gegenüber, vorbehaltlich der Unterverteilung jure collectandi. In welchem Mafse Dominium und Unterthanen zu den Polizeianstalten beizutragen hatten, regelte sich meist nach Vertrag und Herkommen." Diese „zunächst verpflichteten Korpora" sind aber nichts anderes als Behörden, keine juristischen Personen; sie sind verpflichtet als Werkzeuge der Beitreibung zu dienen; auf die Einzelnen, welche unter ihnen zu Gruppen verbunden sind, ist es abgesehen; diese sind die unmittelbaren Träger der Lasten, ihre Vereinigung nur eine Form der Erhebung und Ausgleichung.

[15] Bezüglich der Deichlasten z. B. hat das Preufs. Deichges. v. 28. Jan. 1848 § 16 einen allgemein gültigen Verteilungsmafsstab geordnet und zu dessen Gunsten in § 17 ausdrücklich die „auf Grund specieller Rechtstitel zwischen diesen Personen" bisher bestehende andere Verteilungsart aufgehoben. Für das bayrische Recht spricht V.G.H. 13. Mai 1884 (Samml. V S. 209) den allgemeinen Grundsatz aus: „das Herkommen ist in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, für welche durch die Gesetzgebung ein neuer Rechtsboden geschaffen wurde, als Entstehungsgrund für Rechte und Pflichten nur dann anerkannt, wenn dies das Gesetz ausdrücklich zuläfst." Es handelte sich um die Beteiligung an den Kosten der Unterhaltung einer Brücke im Gemeindeweg. — Die gesetzliche Neuordnung solcher Lasten wird auch frühere vertragsmäfsige Ordnungen beseitigen; V.G.H. 25. Mai 1880 (Samml. I S. 322).

civilrechtliche Entlastungspflicht und nötigenfalls Ersatzpflicht entsteht; ein derartiger Vertrag könnte auch mit einem Dritten, aufserhalb des Verbandes Stehenden geschlossen werden. Damit sie die Last selbst berühren, bedarf es der Zustimmung des andern Beteiligten, des Staates, d. h. der ihn vertretenden Behörde. In dieser Weise ist es auch jetzt noch möglich, die Verfassung eines Verbandes zu ändern. Das öffentliche Rechtsverhältnis ist alsdann durch Vertrag bestimmt, denn dieser ist das Wesentliche, die Zustimmung der Behörde nur die Ergänzung [16]. Vertrag und Zustimmung können auch stillschweigend ausgesprochen werden, das Herkommen ist insofern eine Form der allseitigen Erklärung. Man mag es als ein Gewohnheitsrecht für den Verband auffassen. In dieser Weise wird dann auch Gewohnheitsrecht für öffentliche Rechtsverhältnisse wirksam (Bd. I § 10 n. 4) [17].

Die Eigentümlichkeit der Verbandlast zeigt sich dann weiter auch an der Art, wie der Verpflichtete der öffentlichen Gewalt gegenüber sich verteidigt gegen Überlastung (Prägravation). Es handelt sich

---

[16] Verträge werden regelmäfsig nur dann wirksam werden können, um die Verfassung des Verbandes zu ändern, wenn die Mitglieder wieder zu Gruppen vereinigt sind mit gemeinsamer Vertretung; vgl. oben Note 13. O.V.G. 19. Dez. 1888: Ein Gutsherr übernimmt wegen seiner zum Schulverband gehörigen Kolonisten die Brennholzlieferung für die Schule. Ebenso kann bei Neubildung von Armenverbänden durch Übereinkunft zwischen Gutsherr und Gemeinde die gemeinsame Last genauer bestimmt und ausgeschlagen werden; Mascher, Staatsbürger-, Niederlassungs- und Aufenthaltsrecht, sowie die Armengesetzgebung Preufsens S. 284. — Bl. f. adm. Pr. 1879 S. 343: Vertrag der Bewohner einer Ortschaft mit der Nachbargemeinde wegen gemeinsamer Benutzung der dortigen Schule gegen Zahlung der Hälfte der Umlagenquote „regelt die Leistung der aus der öffentlichen Schulpflicht sich ergebenden Schullast, wurde von der zuständigen Polizeibehörde genehmigt, bewegt sich deshalb nach allen Seiten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts". Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 274: Ein Vergleich zwischen den beteiligten Ortschaften über die ihnen obliegende Wegeunterhaltung „kann nicht als privatrechtlicher Vertrag angesehen werden, sondern ist eine administrative Verhandlung zur Befriedigung eines polizeilichen administrativen Bedürfnisses". Vgl. auch Bl. f. adm. Pr. 1880 S. 241 ff.; O.V.G. 21. Sept. 1883, 10. Dez. 1884, 21. April 1886. — Wo jetzt noch eine Gemeinde als Vertragsschliefsender auftritt, wird man allerdings eher eine Gemeindeangelegenheit annehmen, die sie besorgen will, als die Ordnung einer Verbandlast, in der ihre Angehörigen stehen. Auch die „Bewohner einer Ortschaft" sind eher als ein ad hoc gebildeter Körper gedacht. Unser Rechtsinstitut weicht da zurück vor anderen Gestaltungen (unten S. 294 u. § 60, II n. 2).

[17] Das Herkommen, die Observanz als mafsgebend für die Konkurrenzpflicht innerhalb des Verbandes wird z. B. anerkannt in O.Tr. 19. Nov. 1860 (Str. 39 S. 204), 14. Juni 1864 (Str. 55 S. 132), 20. Sept. 1877 (Str. 97 S. 365), 4. Okt. 1878 (Str. 100 S. 183); V.G.H. 11. Jan. 1881 (Samml. II S. 460); Bl. f. adm. Pr. 1872 S. 220, 1887 S. 209.

nicht um einfache Unrichtigkeiten der Berechnung. Sondern der Fall ist der, dafs der In-Anspruch-Genommene behauptet, deshalb sei er überlastet, weil die Verpflichtung eines Anderen, die ihn ganz oder teilweise entlastet hätte, zu Unrecht nicht berücksichtigt worden sei. Es wird alsdann nicht einfach eine Anfechtung der obrigkeitlichen Mafsregel erhoben werden. Vielmehr nimmt die Klage auf Richtigstellung der Last ihren Ausgang von dem Verhältnisse des Klägers zu dem Anderen, zu dessen Gunsten er überlastet ist. Gegen diesen wird die Klage gerichtet, oder wenn die Forderung von seiten der Behörde schon geltend gemacht ist, mit gerichtet. Der dadurch erzielte Ausspruch über das Rechtsverhältnis zwischen den verpflichteten Unterthanen wirkt der rechtlichen Natur der Verbandlast entsprechend von selbst auch zur Feststellung dessen, was die öffentliche Gewalt von einem jeden zu fordern hat[18].

3. Zwischen dem lastberechtigten Subjekt der öffentlichen Verwaltung, also regelmäfsig dem Staat, und dem lastpflichtigen Mitgliede des Verbandes erscheint nun noch, immer deutlicher sich vordrängend, ein Dritter, eine vermittelnde juristische Person. Der Verband selbst, welchen die Lastträger bilden, ist zunächst noch nichts anderes als der Ausdruck für ihr Gesamtrechtsverhältnis. Er ist die Gesellschaft der Verbundenen. Der Name Societät, welcher häufig zur Bezeichnung solcher Verbände gebraucht wird, giebt das Verhältnis richtig wieder. Für den Begriff des Rechtsinstitutes ist es nicht wesentlich, dafs der Verband noch mehr, dafs er insbesondere mit irgend einer Form von juristischer Persönlichkeit ausgestattet sei[19]. Die

[18] Im früheren preufs. Recht bestand die Schwierigkeit, dafs für die Beitragspflichtigen untereinander die Civilgerichte zuständig waren, der Behörde gegenüber aber nur der Beschwerdeweg sich eröffnete. Deshalb war, wenn die Festsetzung von dieser bereits erfolgt war, möglicherweise ein doppeltes Verfahren nötig; Oppenhoff, Ressortverhältnisse S. 105. Das Zuständigkeitsgesetz § 46, § 47, § 56 verweist auch die Streitigkeiten zwischen den Beteiligten vor die Verwaltungsgerichte. Wenn der wegen Schullasten oder Wegelasten in Anspruch Genommene behauptet, dafs ein Anderer statt seiner verpflichtet sei, so kann er nicht gegen die Behörde allein, sondern mufs auch gegen diesen Andern klagen; die Entscheidung wirkt aber auch bindend für die Behörde; v. Brauchitsch, V.Gesetze Bd. I S. 301.

[19] Rosin, Öff. Gen. S. 52: „So treten neben die öffentlichen Genossenschaften auch Gesellschaften des öffentlichen Rechts.“ Ein Beispiel in O.V.G. 9. Mai 1885 (Samml. XII S. 171): Es werden Hebammenbezirke gebildet gemäfs K. Ordre v. 16. Jan. 1817; die Eltern jedes Kindes im Bezirk, auch wenn sie die Land-Hebamme nicht rufen, haben an dieselbe eine bestimmte Taxe zu entrichten. Sie bilden einen Verband für das öffentliche Institut der Hebamme. Der Hebammenbezirk aber „ist keine öffentliche Korporation; durch Polizeiverordnung

juristische Person kann dazu kommen. Es fragt sich nur, in welcher Art und Weise das geschieht. Man darf auch hier nicht alles auf einen Leisten bringen wollen. Wir werden drei verschiedene Gestaltungen unterscheiden müssen.

Am einfachsten wird sich die Sache darstellen in Gestalt der Zugabe einer eignen juristischen Persönlichkeit zum Verband. Manche Verbandlasten werden nur vorübergehend für das öffentliche Unternehmen in Bewegung gesetzt, so dafs das Erzielte sofort verwendet und verbraucht wird. So die Landlieferungen, die Quartierlasten und sonstigen Kriegsleistungen. Bei andern handelt es sich um Gewährung der Mittel zur Herstellung und Instandhaltung dauernder Einrichtungen: Wege, Schulen, Deiche u. dgl. Die einmal zusammengebrachten Werte sind durch ihren Bestand und so lange dieser vorhält, ein Schutz der Pflichtigen gegen fernere In-Anspruchnahme. Hier kann sich ein gemeinsamer Besitz von Vermögenswerten ausbilden und, um ihn zusammenzuhalten, eine juristische Persönlichkeit der Gesamtheit. Der Verband selbst hört dadurch nicht auf, Gesellschaft, Societät zu sein, so wenig, wie die öffentliche Genossenschaft durch ihre juristische Persönlichkeit gehindert ist, im inneren Verhältnisse ein Verein zu bleiben. Der Verband mit juristischer Persönlichkeit der hier vorausgesetzten Art bleibt aber Gesellschaft auch im äufseren Verhältnis und zwar in seiner wichtigsten Beziehung nach aufsen, nämlich der öffentlichen Gewalt gegenüber, welche von den Mitgliedern nach wie vor unmittelbar ihre Leistungen zu fordern hat. Die juristische Persönlichkeit ist nur ein Beiwerk. Sie ist civilrechtlicher Natur. Der Verband ist insbesondere um ihretwillen noch keine öffentliche Genossenschaft. Er kann sich dazu entwickeln; der entscheidende Punkt, an welchem dieser Übergang sich vollzieht, wird noch festzustellen sein[20].

---

können neue korporative Organe als Träger einer Polizeilast nicht geschaffen werden." — Ebenso sind manche Lieferungsverbände (vgl. unten Note 21) aufser Zusammenhang mit irgend einer juristischen Person. Auch Armenverbände erscheinen in dieser Weise als blofse Bezirke, innerhalb deren die Armenlast aufgebracht wird durch die Einzelnen unmittelbar oder durch Vermittlung der verschiedenen im Bezirk begriffenen Selbstverwaltungskörper; so nach K. Ordre v. 17. Nov. 1845 der Landarmenverband der drei Eichsfeldischen Kreise mit dem Kreise Nordhausen; Mascher a. a. O. S. 404.

[20] In dieser Weise sind Deichverbände, Armenverbände, Wegeverbände, Schulsocietäten allmählich zu einer juristischen Persönlichkeit gelangt. Foerster-Eccius, Preufs. Priv.-R. IV S. 671, stellt das einfach als Thatsache fest, wenn er von den Armenverbänden sagt: „sie sind als juristische Personen mit Vermögens- und Verfügungsfähigkeit nach aufsen anzusehen". Ebenso S. 687 wegen der Schulsocietäten. Der eigentümliche Zusatz, dafs diese juristische Persönlichkeit nur

Die zweite Art, wie Verbandlast und juristische Persönlichkeit zusammenkommen, kann sich daraus ergeben, dafs die Lastpflicht begrenzt wird nach den Gebietsgrenzen eines Selbstverwaltungskörpers, entweder überhaupt oder so, dafs sie wenigstens in der Geltendmachung darnach sich verteilt, und nun die Durchführung geschieht durch die Kräfte dieses Selbstverwaltungskörpers. So bei Quartierleistungen und gewissen anderen Naturalleistungen für die bewaffnete

„nach aufsen“ gelte, soll wohl andeuten, dafs es mit ihr eine besondere Bewandtnis habe. Aber welche? — Rosin, Öff. Gen. S. 53, hält es hier für gestattet, „aus der Anerkennung der Vereinigung als Rechtseinheit im Privatrecht auch auf ihre Eigenschaft als universitas im öffentlichen Rechte zu schliefsen“. Das von ihm selbst so kräftig hervorgehobene Unterscheidungsmerkmal der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ist aber hier jedenfalls nicht zu finden. Diese juristische Person hat keinen „Lebenszweck“, zu dessen Erfüllung sie dem Staate gegenüber verpflichtet wäre. Sie hat keine öffentliche Verwaltung zu führen (darüber unten § 55). Nehmen wir z. B. die Organisation eines preufsischen Schulverbandes, wie sie ausführlich dargestellt ist bei Schneider und Bremen, Volksschulwesen II S. 62 ff. Die Schule selbst, die Hauptsache, wird ganz von staatlichen Behörden geordnet und geleitet, namens des Staates, nicht namens des Verbandes; auch die Bedürfnisse werden von diesem festgesetzt. Die aufgebrachten Mittel gehören natürlich dem Schulverband, so lange sie nicht verwendet sind; aber der hat nicht einmal eine ständige Vertretung. Nur im Bedarfsfalle werden Repräsentanten berufen. Sie haben dann lediglich über Angelegenheiten der Vermögensverwaltung zu beschliefsen: Veräufserung und Erwerb von Grundstücken, Neubauten (über deren Notwendigkeit sie aber nicht entscheiden: Schneider und Bremen a. a. O. S. 63 n. 8); auch können sie Gratifikationen und Gehaltszulagen bewilligen, welche das strenge Bedürfnis überschreiten, und zu diesem Zwecke über die Mittel des Verbandes verfügen. Sie sind also die Kuratoren einer Vermögensmasse, aber sie verwalten keine Schule. — Ähnlich steht es mit der Beteiligung der Deichverbandangehörigen, wie sie Preufs. Deichges. v. 24. Jan. 1859 geordnet hat. — In vortrefflicher Weise hat Gierke, Gen.R. I S. 766, den Gegensatz, um welchen es sich hier handelt, beobachtet und zum Ausdrucke gebracht an dem Beispiel der preufsischen Kirchengemeinden. Sie sind als Genossenschaften verkümmert durch die Übermacht des landesherrlichen Kirchenregiments, welches ihnen keine kirchlichen Befugnisse liefs. „Wenn indes die meisten und besonders die evangelischen Gemeinden der deutschen Landeskirchen blofse Kirchenverwaltungssprengel ohne eigenes Leben und ohne eine kirchliche Persönlichkeit blieben oder wurden, so wurde ihnen doch in der Regel eine privatrechtliche Persönlichkeit zugestanden und als Äquivalent für die ihnen auferlegten Kirchenlasten ein selbständiges Recht — in Preufsen sogar das Eigentum — am Kirchenvermögen und eine Teilnahme an dessen Verwaltung eingeräumt.“ Der „Kirchenverwaltungssprengel“, dessen Bewohner zusammen die „Kirchenlasten“ tragen, ohne „kirchliche Befugnisse“ zu haben, das ist unser Verband. Die „privatrechtliche Persönlichkeit“, die dem Verbande zugestanden wird, steht im richtigen Gegensatze zu der „kirchlichen Persönlichkeit“, d. h. zu der juristischen Persönlichkeit des öffentlichen Rechts, die ihm fehlt.

Macht, möglicherweise auch bei Landlieferungen, bei Armenverbänden, Wegeverbänden, Schulverbänden. An sich begründet das nur ein ganz äufserliches Nebeneinander zwischen dieser juristischen Person und dem Verband, wenn auch die Verschmelzung nahe liegt, wovon sogleich die Rede sein soll[21]. Aber auch ohne Verschmelzung können beide in einen gewissen rechtlichen Zusammenhang gebracht sein. Es kann nämlich die Leistung, zu welcher die Gesamtheit des Verbandes verpflichtet ist, zugleich zu einer Pflicht des Selbstverwaltungskörpers gemacht werden. Das giebt dann eine erhöhte Sicherheit für die Befriedigung des Bedürfnisses des öffentlichen Unternehmens. Für die Erhebung der Kriegsleistungen hat das Gesetz diese verschärfte Form zur Anwendung gebracht. Die Last der Gemeinde ist ganz anderer Natur als die öffentliche Last, von welcher wir hier handeln (vgl. unten § 60). Die Danebenstellung dieser Pflicht des Selbstverwaltungskörpers neben die Leistungspflicht des Verbandes hat zunächst die Bedeutung, die Vertretung des ersteren zur kräftigen Geltendmachung der Pflichten des letzteren anzuspornen. Was dabei nicht erzielt wird, wird durch den Selbstverwaltungskörper aufgebracht und der Aufwand dafür von diesem in der für die Beschaffung seiner Mittel verfassungsmäfsig vorgeschriebenen Weise gedeckt; das fällt dann wieder ganz aus dem Gebiete der öffentlichen Last heraus. Diese selbst bleibt bestehen, um bei nächster Gelegenheit wieder in derselben Weise zur Geltung gebracht zu werden[22].

---

[21] Rosin, Öff. Gen. S. 54, spricht hier ganz richtig von „öffentlichen Zweckverbänden ohne selbständige Organisation". Aber falsch ist die Auffassung, dafs ein solcher Zweckverband sich damit von selbst mit dem entsprechenden Selbstverwaltungskörper verschmelze. So wenn Rosin von den Landlieferungsverbänden sagt: „Es besteht hier überhaupt für den neuen Zweck keine besondere Genossenschaft, sondern die Gemeinde fungiert zugleich in der Eigenschaft als solche." Der Landlieferungsverband besteht für das Gebiet der Gemeinde und die Beamten der Gemeinde werden zur Durchführung der Verbandlast benutzt; aber er ist nicht die Gemeinde, sondern eine Gesellschaft für sich und gar nicht notwendig öffentliche Genossenschaft oder sonst eine juristische Person oder auch nur angelehnt an eine solche. Landlieferungsverbände sind z. B. in Baden die Amtsbezirke, in Elsafs-Lothringen die Kreise (R.Ges.Bl. 1876 S. 154); beide bilden keine juristischen Personen, sind keine Gemeinden. Der Landlieferungsverband begnügt sich also mit der für diesen Verwaltungsbezirk bestehenden ordentlichen Verwaltungsbehörde, um durch sie seine Angelegenheiten besorgt zu bekommen. Trifft er in seinem Bezirke zufällig mit einer juristischen Person zusammen, so braucht er weder mehr von ihr zu verlangen, noch in ihr aufzugehen.

[22] Wenn man diese Einrichtung auf genossenschaftliche Ideen zurückführen will, so ist es jedenfalls nicht, wie Rosin, Öff. Gen. S. 53 Note 44 a. E., meint, die Pflicht des Selbstverwaltungskörpers, von der auszugehen wäre und wofür die

Endlich ist es denkbar, dafs die bisherige Verbandlast mit dem Unternehmen, für welches sie bestand, übergeht an eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Das kann so geschehen, dafs ein bestehender Selbstverwaltungskörper freiwillig oder kraft neuer gesetzmäfsiger Belastung das Unternehmen auf sich nimmt, um fortan die Kosten aus seinen eigenen Mitteln zu bestreiten: Gemeindeschulen, Gemeindewege werden errichtet; die Gemeinden oder höhere Selbstverwaltungskörper treten an die Stelle der alten Schul- und Armenverbände. Es kann auch so geschehen, dafs der Verband selbst zu einer öffentlichen Genossenschaft sich umbildet, welche bestimmt ist, das Unternehmen zu besorgen und zu unterhalten, auf welches es dabei ankommt. Die belastete Gesellschaft wird zum Unternehmer, der Deichverband zur Deichgenossenschaft. Ob der alte Name Verband, Societät beibehalten wird, macht nichts aus. Die Sache ist juristisch eine ganz andere geworden. Es handelt sich fortan nicht mehr um eine öffentliche Last im hier behandelten Sinne, sondern um Aufgaben einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, für die Einzelnen nicht um Lastpflichten, sondern um Pflichten aus der Angehörigkeit an den Selbstverwaltungskörper, den der Aufwand trifft. Die öffentliche Last ist untergegangen in den Ordnungen eines anderen Rechtsinstituts.

§ 49.

Verleihung öffentlicher Unternehmungen.

Verleihung, Konzession, bedeutet einen Verwaltungsakt, durch welchen einem Unterthanen Macht gegeben wird über einen Gegenstand der öffentlichen Verwaltung (oben S. 147).

Bei der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens handelt es sich nicht um die Begründung eines dinglichen Rechtes an einer Sache (oben S. 153), sondern, wie beim Amt (oben S. 225), um die Macht, eine gewisse Thätigkeit zu üben. Aber diese Thätigkeit soll nicht, wie beim Amt, nur im Namen und in Vertretung des Staates geübt werden, sondern wie die verliehene Nutzung an einer öffentlichen Sache im eigenen Namen des Beliehenen und für eigene Rechnung.

Einzelnen haften; die Verbandlast ist das Erste und Hauptsächlichste, das ja auch besteht, ohne dafs ein Selbstverwaltungskörper überhaupt damit zusammentrifft (oben Note 21); die Haftung eines solchen „Ganzen" ist nur die äufserliche Zuthat. Sie ist auch niemals selbstverständlich, sondern eine Frage der Auslegung der Rechtssätze, welche die einzelnen Lasten regeln.



Auf diese Weise bekommt hier die Verleihung eine gewisse Ähnlichkeit mit der gewerbepolizeilichen Erlaubnis. Auch bei dieser handelt es sich um eine Thätigkeit, die der Einzelne in eignem Namen und für eigne Rechnung führen soll, aber um eine Thätigkeit, die ihrer Art nach schon auf Grund der natürlichen Freiheit geübt werden kann; die Erlaubnis räumt nur das Hindernis weg, welches das rechtssatzmäfsige Polizeiverbot in dieser Beziehung gesetzt hatte. Die Verleihung eines öffentlichen Unternehmens dagegen giebt dem Beliehenen etwas, was nicht dafür angesehen ist, in der natürlichen Freiheit schon enthalten zu sein, eine Macht thätig zu werden, die abgeleitet ist vom Staate, als ein Stück der öffentlichen Verwaltung[1].

Insofern hat die Stellung des beliehenen Unternehmers die gröfste innere Verwandtschaft mit der des Selbstverwaltungskörpers. Hier wie dort handelt es sich um Thätigkeit eines Rechtssubjektes, das nicht der Staat ist, und die doch als öffentliche Verwaltung gilt; hier wie dort wird dieses Stück öffentlicher Verwaltung von dem dazu

---

[1] Man nennt wohl auch das durch die Verleihung oder Konzession Erworbene Konzession. So erklären sich Ausdrücke wie „Verleihung einer Konzession"; vgl. z. B. Eger, Eisenbahnrecht I S. 33. Über den weitverbreiteten Mifsbrauch, auch die gewerbepolizeiliche Erlaubnis als Konzession zu bezeichnen, vgl. Bd. I § 21 Note 1. Dieses Zusammenwerfen ist für die Polizeierlaubnis weniger schädlich als für unser Rechtsinstitut, an dem dann der Gleichheit halber gern wesentliche Seiten übersehen werden. Ein Beispiel bot der Prozefs, welchen die Westschweizerischen Bahnen in den 70er Jahren gegen die Eidgenossenschaft führten wegen einer Auflage, die ihnen gemacht worden war (unten § 50 Note 5). Der Schweizerische Bundesrat formulierte in der Botschaft vom 16. Juni 1871 seine Auffassung von der rechtlichen Bedeutung der Eisenbahnkonzession dahin: „Konzessionen sind Akte der Staatshoheit. Der Staat pacisziert mit der Eisenbahngesellschaft so wenig, als mit dem Wirte, Metzger, Apotheker u. s. w., welchen er Konzessionen gewährt, über die Ausübung seiner Staatshoheit in diesen Materien." Die sogenannten Konzessionen der Wirte u. s. w. sind natürlich einfache Polizeierlaubnisse; wenn man diesen die Eisenbahnkonzession schlechthin gleichstellt, so setzt man sich von vorneherein in die Unmöglichkeit, die dadurch erzeugten Rechtsverhältnisse gebührend zu würdigen. Vgl. Heusler, Über die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession im allgemeinen und den Prozefs der Westschweizerischen Bahnen gegen die Schweizer Eidgenossenschaft im besonderen S. 3. Seiler, Rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession S. 34, findet, dafs die Eisenbahn an sich zunächst einem Privatunternehmen gleicht, wegen ihrer eminent öffentlichen Bedeutung aber eine fortwährende Kontrolle und Aufsicht des Staates erfordert. „Von diesem Gesichtspunkte aus ist die (bundesrätliche) Vergleichung mit den gewerblichen Konzessionen entschieden gerechtfertigt." Damit kommt man aber auch über die ganz unzureichende polizeiliche Auffassung des Rechtsinstituts nicht hinaus.

berufenen Rechtssubjekte geführt eignen Namens und zu eignem Rechte; die daraus sich ergebenden Ordnungen für das Verhältnis nach aufsen, für das staatliche Aufsichtsrecht u. s. w. weisen eine ausgeprägte Übereinstimmung auf. Der Unterschied liegt darin, dafs dort das Rechtssubjekt von vorneherein kraft seiner Eigenschaft als juristische Person des öffentlichen Rechts dazu da ist, dafs seine Thätigkeit öffentliche Verwaltung sei (unten § 55, II), hier aber die Ausstattung mit der Fähigkeit zu einem bestimmten Stücke öffentlicher Verwaltung als eine äufsere Zuthat erhält durch einen besonderen Akt, der es ihm überträgt, die Verleihung[2].

I. Das Anwendungsgebiet unseres Rechtsinstitutes begreift demgemäfs lauter Thätigkeiten, die dem Einzelnen ohnehin und abgesehen von besonderen Verboten, so wie sie sind, nicht möglich wären; die Verleihung macht ihn erst rechtlich fähig dazu.

Das ist am einleuchtendsten da, wo der Staat ein bestimmtes Unternehmen von vorneherein als das seinige und für seine öffentlichen Zwecke gründet und es dann, so wie es ist, einer Privatperson überläfst, um es bestimmungsgemäfs, aber in ihrem eignen Namen zu betreiben und durchzuführen; Beispiel: die Reichsbank[3].

Ebenso sind manche Unternehmungen dem Einzelnen schon ihrer Art nach verschlossen, weil sie nur durchführbar sind mit einseitiger Auflegung von Lasten für Andere; da hilft die Verleihung, indem sie den Beliehenen ausstattet mit dieser Kraft der öffentlichen Gewalt; Beispiel: die Entwässerungsunternehmungen mit Zwang gegen die beteiligten Grundbesitzer zur Duldung und Vergütung[4].

Andere Unternehmungen könnte der Einzelne möglicherweise aus eigner Kraft dem Staate nachmachen; es wird dann doch nicht dasselbe daraus, kein echtes öffentliches Unternehmen; aber das wäre

---

[2] Über den Begriff des öffentlichen Unternehmens als eines Stückes der öffentlichen Verwaltung vgl. oben § 33, II n. 1 u. 2.

[3] Die Reichsbank gehört einer Aktiengesellschaft, welche die ihr zugewiesenen Geschäfte nicht im Namen des Reichs, sondern im eigenen Namen betreibt. Diese Geschäfte sind aber ein öffentliches Unternehmen; die Reichsbank ist eine öffentliche Anstalt, welche das Reich gegründet und der gleichzeitig gebildeten Aktiengesellschaft zum Betriebe unter seiner Aufsicht überlassen hat. Laband, St.R. II S. 133 (3. Aufl. S. 125). Vgl. auch unten § 56 Note 19.

[4] Ein Beispiel aus dem älteren bayrischen Recht bei Pözl, Bayr. Wasserges. S. 284 Anm. In umfassender Weise hat das französische Recht solche concessions de travaux publics ausgebildet auf Grund des Ges. v. 16. Sept 1807; vgl. Theorie des Franz. V.R. S. 359, S. 303. Demselben Zwecke dient im neueren Rechte mehr die Form der öffentlichen Genossenschaft der beteiligten Grundbesitzer, so dafs dieser Anwendungsfall der Verleihung ziemlich verschwunden ist.

kein unbedingtes Hindernis. Die Verleihung bekommt ein Anwendungsgebiet hier nur insoweit, als ein eigenmächtiges Vorgehen dieser Art zu Gunsten einer Alleinberechtigung der öffentlichen Gewalt besonders ausgeschlossen ist. Hiefür geben das wichtigste Beispiel die öffentlichen Verkehrswege, die zugleich den Hauptanwendungsfall unseres ganzen Rechtsinstituts bilden.

Mit diesen steht es nämlich also.

Denken wir uns eine Strafse als reines Privatunternehmen, so wird sich zunächst die Schwierigkeit ergeben, dafs ihre Herstellung häufig ohne Enteignung nicht möglich, Enteignung aber hiefür nicht zulässig ist (oben § 33, II n. 2). Unter Umständen freilich mag es auch ohne das gehen. Auf die sonstigen Vorteile, deren die Herstellung des öffentlichen Unternehmens geniefst, könnte man ja meist auch verzichten. Selbst eine Art Gebührenerhebung würde sich zur Not auf privatem Wege einrichten lassen. Allein eine öffentliche Strafse würde niemals daraus. Der Verkehr, welchen der Eigentümer darauf gestattete, wäre kein Gemeingebrauch, der Strafsenkörper keine öffentliche Sache, und alle die besonderen Ordnungen und Sicherungen, die das öffentliche Recht seinen Strafsen gewährt, fänden darauf keine Anwendung. Die Strafse wäre nur eine schwächliche Nachahmung, unsicheren Bestandes und willkürlicher Privatverfügung ausgesetzt.

Deshalb wäre es aber immerhin noch keine rechtliche Unmöglichkeit, mangels einer Verleihung wenigstens eine solche nachgemachte öffentliche Strafse herzustellen und dem öffentlichen Verkehre zu übergeben. Das Besondere ist nun aber, was wir hier festzustellen haben: dafs nämlich eine solche Nachahmung nach geltendem Rechte nicht zulässig ist. Es sind zu unterscheiden Privatstrafsen, welche blofs der Zugänglichkeit bestimmter Grundstücke zu dienen bestimmt sind, und solche Strafsen, welche darüber hinausgehen, wirkliche Verkehrsstrafsen; auf diese allein bezieht sich unser Satz. Er läfst sich nicht erklären als ein Ausflufs der allgemeinen polizeilichen Gewalten; denn es handelt sich dabei nicht um Abwehr einer Störung der guten Ordnung des Gemeinwesens überhaupt oder der bestehenden öffentlichen Strafsen insbesondere; eine solche Störung wäre dem Unternehmen gar nicht so ohne weiteres vorzuwerfen (vgl. Bd. I S. 264 Note 8). Der Gesichtspunkt ist vielmehr offenbar ein anstaltlicher, wie wir den Gegensatz zum Polizeilichen bezeichnen mögen: es ist im öffentlichen Interesse, dafs das gesamte Strafsenwesen einheitlich in der Hand der öffentlichen Gewalt bleibe; sie mufs dem öffentlichen Verkehr nach einem gewissen System seine Bahnen anweisen können; darum darf ihr niemand da

hineinpfuschen. Das ist ja allerdings zunächst nur eine Zweckmäſsigkeitserwägung. Rechtswirksam kann sie werden durch ein gesetzliches Verbot; sie ist es aber thatsächlich auch ohne dies. Daſs die Nachahmung öffentlicher Straſsen nicht erlaubt sei, ist die gemeine Anschauung. Und zwar hängt das zweifellos zusammen mit dem alten Wegeregal. Das ausschlieſsliche Recht, öffentliche Straſsen zu gründen, war seit lange ein Bestandteil der Summe von Befugnissen geworden, welche die Landeshoheit ausmachten, und wegen seiner Zweckmäſsigkeit ein unbestrittener. Mit der alten Form der Hoheitsrechte ist auch dieses Stück verschwunden. Aber der Eindruck ist geblieben und wirkt auch im Verfassungsstaat noch nach in der allgemeinen Anschauung, daſs es nicht zur verfassungsmäſsig geschützten Freiheit des Einzelnen gehört, derartige Dinge unternehmen zu dürfen. Er geht damit aus seiner natürlichen Zuständigkeit heraus, die Obrigkeit begeht keinen Eingriff in die Freiheit, wenn sie ihn daran mit den ihr zu Gebote stehenden Gewaltmitteln verhindert, wie es thatsächlich geschieht. Dieser Gedankengang genügt, um die ganze Erscheinung zu erklären. Man mag das dann einen Naturrechtssatz nennen oder einen Gewohnheitsrechtssatz; es ist auch nichts dabei, wenn man, um einen handlichen Ausdruck zu haben, von einem Wegeregal des Staates spricht, das darin liegen soll[5].

[5] Koch, Deutschlands Eisenbahnen Bd. I S. 3 Note 3, hatte noch von dem staatlichen Wegeregal gesprochen; in Bd. II S. 484 Note 5 leistet er Abbitte, weil es sich vielmehr um ein Wegehoheitsrecht handle. Gerber, dessen Ausführungen in früheren Ausgaben seines Lehrbuches zu dieser Meinungsänderung beigetragen hatten, belobt ihn dafür (D. Priv.R. 14. Aufl. S. 162 Note 5); er findet es schwer begreiflich, wie ein anderer Schriftsteller immer noch „diese aus der Landespolizei hervorgehenden Berechtigungen zu einem Landstraſsenregal stempeln kann“. Wenn man mit jedem dieser Ausdrücke den strengen Rechtsbegriff verbindet, den er wirklich bedeutet, so paſst auf das ausschlieſsliche Recht des staatlichen Wegewesens, wie es heute besteht, keiner von allen. Hoheitsrechte giebt's nicht mehr, Regale auch nicht; von Polizei ist hier gar keine Rede, so wenig wie bei dem ausschlieſslichen Rechte der öffentlichen Briefpost, das mit unserem Rechtsinstitut am nächsten verwandt ist (vgl. unten Note 9 und § 52 Note 2); der Gegensatz zur Polizei wird bei der Eisenbahnverleihung besonders deutlich werden (vgl. unten Note 8). Will man aber mit diesen Ausdrücken nur den Gedanken anklingen lassen, daſs der Staat hier als öffentliche Gewalt beteiligt ist, daſs öffentliche Rechtsinstitute in Frage stehen, so darf man es damit ja so streng nicht nehmen. Erklärt ist dann allerdings auch nicht viel damit; die Bezeichnung als Regal sagt verhältnismäſsig noch am meisten. — Anwendungsfälle der Verleihung von Straſsenunternehmungen gab in Preuſsen früher vornehmlich der Chausseebau. Entsprechend der älteren Rechtsauffassung behandelte man das wesentlich als Vertrag; „verliehen“ wurde dabei nur das Enteignungsrecht und das Recht, einen Zoll zu erheben. Der Chausseebau wurde von den Aktien-

Die nämlichen Grundsätze sind alsdann zur Anwendung gebracht worden auf sonstige Verkehrseinrichtungen, welche als Zubehör und Fortsetzung der öffentlichen Strafse anzusehen sind, wie Brücken und öffentliche Fähranstalten; desgleichen auf künstliche Wasserwege, die öffentlichen Schiffahrtskanäle. All das kann von Privaten nur unternommen werden auf Grund einer Verleihung, wird dann aber auch ausgestattet mit den Eigenschaften des öffentlichen Unternehmens [6].

In der grofsartigsten Weise ist aber unser Rechtsinstitut zur Wirksamkeit gelangt bei den Eisenbahnen. Die Eisenbahn ist gleich von ihrem ersten Auftreten an und bevor noch besondere gesetzliche Ordnungen und Vorbehalte gemacht waren, als ein Unternehmen betrachtet worden, das der Einzelne oder, wie es hier immer der Fall ist, die Aktiengesellschaft nur herstellen und in Betrieb setzen kann auf Grund einer Verleihung von seiten des Staates. Dafs regelmäfsig Enteignung dazu notwendig war, gab nur einen äufserlichen Grund. Durchschlagend war, dafs die Eisenbahn sofort unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Verkehrsweges gebracht wurde, der als solcher sein Recht nur vom Staate ableiten kann und nicht nach-

---

gesellschaften übernommen „gegen Verleihung angemessener Abgaben“. Darüber das Material bei v. Rönne, Verf. u. Verw. des Preufs. Staates T. IV Bd. IV Abt. 2 (Wegepolizei) S. 178 ff. — Bei Ortsstrafsen kommen derartige Verleihungen unter verschiedenen Namen vor. In C.C.H. 19. Okt. 1872 (J.M.Bl. S. 73) ist es eine Erlaubnis zur Strafsenanlage mit Verpflichtung dazu; im R.G. 22. Sept. 1888 (Samml. 22 S. 292) eine Übereinkunft. Der Name Vertrag ist der gebräuchlichste; vgl. unten Note 11.

[6] Wegen Verleihung von Brücken und Kanälen gemäfs Preufs. Kab.O. v. 21. Juli 1809 vgl. v. Roenne a. a. O. S. 179. — Der bayrische Ludwigs-Donau-Main-Kanal war ursprünglich einer zu diesem Zwecke gebildeten Aktiengesellschaft zum Bau und Betrieb verliehen gewesen (Bayr. Ges. v. 1. Juli 1834); erst nachträglich hat ihn der Staat erworben. — Die Verleihung von Fährunternehmen gründet sich für das preufs. R. auf A.L.R. II 15 § 51, wo der gewerbsmäfsige Betrieb eines solchen für ein Regal erklärt wird; vgl. O.Tr. 6. Mai 1863 (Str. 48 S. 333), O.Tr. 6. Jan. 1879 (Str. 100 S. 369). Das Bayr. Wasserges. v. 28. Mai 1852 § 16 und 17 macht die Herstellung von Brücken und Fähren an öffentlichen Flüssen von einer „Bewilligung“ der Kreisregierung abhängig. Pözl, Wasserges. S. 77, spricht hier von „Verleihung“ und von Bedingungen, welche dem „Konzessionär“ auferlegt werden, und hält jene Bestimmungen aufrecht gegenüber der Reichs-Gew.O., weil diese nach § 6 keine Anwendung findet auf „die Befugnis zum Halten öffentlicher Fähren“. Öffentliche Fähren und öffentliche Brücken sind allerdings durchaus nicht gleichbedeutend mit Fähren oder Brücken über einen öffentlichen Flufs. Sollte das Gesetz nicht vielleicht beides zugleich gemeint haben?

geahmt werden darf[7]. Daher auch bei den Eisenbahnen sofort eine grundlegende Unterscheidung gemacht wird, wie sie ähnlich auch schon für die Strafsen anerkannt war: nur die öffentliche Eisenbahn, d. h. die dem öffentlichen Verkehr gewidmete, fällt unter diesen Gesichtspunkt. Zufuhrlinien für einzelne Bergwerke, Hütten, Fabriken (Schleppbahnen), Eisenbahnen innerhalb eines Landgutes, Fabrikanwesens oder zwischen solchen (Betriebsbahnen), nur für die Zwecke dieser Unternehmungen bestimmt, fallen nicht darunter, so wenig wie die Privatstrafsen unter das Wegeregal. Auch bei diesen können besondere Erlaubnisse notwendig werden bei Durchschneidung bestehender öffentlicher Wege, vor allem polizeiliche Erlaubnisse, welche etwa vorbehalten sind mit Rücksicht auf die gleiche Gefährlichkeit des Betriebs. Aber das Rechtsinstitut der Verleihung des Unternehmens selbst gehört ausschliefslich zur öffentlichen Eisenbahn[8].

---

[7] Dieser Zusammenhang ist unverkennbar. Reyscher in Ztschr. f. D. R. XIII S. 285 will die Eisenbahnen ohne weiteres unter das Strafsenregal fallen lassen. Andere nehmen wenigstens ein damit verwandtes Eisenbahnregal an; das ist überflüssige Archaistik. Koch, Deutschlands Eisenbahnen II S. 484, Haberer, Österreichisches Eisenbahnrecht S. 3, Eger, Preufs. Eisenbahnrecht I S. 26, welche ebenfalls auf das Wegeregal als Ausgangspunkt hinweisen, heben dabei noch die grofse Wichtigkeit hervor, die es für den Staat hat, dieses mächtige Verkehrsmittel in der Hand zu behalten. Das ist richtig; aber die Wichtigkeit darf nicht sowohl in der Stärkung des Machteinflusses der Regierung gesucht werden, als in dem öffentlichen Interesse der einheitlichen Ordnung der grofsen Verkehrswege, ganz wie bei den gewöhnlichen Strafsen. Zudem gäbe die Wichtigkeit allein noch keinen Rechtssatz.

[8] Koch, Deutschlands Eisenbahnen I S. 2; Eger, Preufs. Eisenbahn-R. I S. 2 Anm. 3; Haberer, Österreich. Eisenbahn-R. S. 22; v. Roenne, Preufs. St.R. IV S. 579 Note 1a; Illing, Handbuch f. Preufs. V.beamte I S. 964 Note (Reskript v. 18. Dez. 1869: eine Eisenbahn zur Privatbenutzung unterliegt nur einer „Prüfung in landespolizeilicher Hinsicht, insbesondere in Anbetracht der von der Eisenbahn zu überschreitenden öffentlichen Wege"). — O.V.G. 13. Sept. 1890 behandelt die Frage ausführlich. Ein Ziegeleibesitzer hatte eine Geleisbahn eingerichtet von seinem Thonberg nach seiner Ziegelei. Das Eisenbahnges. v. 1838 ist darauf nicht anwendbar. Wegen Durchschneidung einer Strafse bedarf es der Zustimmung des Strafseneigentümers, d. h. nach unserer Lehre (oben § 39) der Verleihung eines besonderen Nutzungsrechtes an der Strafse. Hier hatte der Unternehmer im voraus für seine ganze Bahn eine Genehmigung der Polizeibehörde eingeholt, und das Gericht untersucht nun, was diese Genehmigung bedeuten könnte. Die Behörde hat sich mit dieser Bahn nur zu beschäftigen vom Standpunkte der öffentlichen Ordnung und Sicherheit aus, welcher sie möglicherweise Störungen bereiten möchte. Mit Rücksicht hierauf können allgemeine polizeiliche Anordnungen ergehen, welche ein solches Unternehmen auch unter den Vorbehalt einer Polizeierlaubnis stellen können. Wenn, wie im vorliegenden Falle, derartige Anordnungen nicht bestehen, kann jedenfalls die Polizeibehörde eingreifen, sobald sich

An der Eisenbahnkonzession hat die neuere Rechtswissenschaft die Einzelheiten unseres Rechtsinstituts mit Vorliebe entwickelt; sie giebt uns den natürlichen Faden für unsere Darstellung.

Die Reihe der verleihbaren öffentlichen Unternehmungen ist mit den hier aufgezählten nicht erschöpft. Besondere Erwähnung verdient nur noch eine Verwendung des Rechtsinstituts, welche die neueste Reichsgesetzgebung gebracht hat. Das Gesetz vom 6. April 1892 behält dem Reiche das ausschliefsliche Recht der Telegraphenanstalten vor. Es ist wieder das oben erwähnte anstaltliche Interesse, das hier mafsgebend geworden ist, wie bei der Briefpost. Als Verkehrsweg konnte der Telegraphendraht auch bei weitester Anwendung des Begriffs doch nicht mehr angesehen werden, darum wurde die alte Regalidee hiefür nicht mehr von selbst wirksam und bedurfte es eines Gesetzes. Damit sind Telegraphenanstalten nur mehr möglich als öffentliche Anstalten; denn als solche betreibt sie natürlich das Reich. Nachahmungen sind verboten. Es kann aber eine Verleihung an Privatunternehmer stattfinden. Das bedeutet, dafs das Unternehmen auch in deren Hand als ein öffentliches Unternehmen angesehen und darum all den besonderen Rechtsbestimmungen unterworfen werden soll, wie sie das Institut der Verleihung im einzelnen mit sich bringt[9].

II. Der Akt, durch welchen das Rechtsverhältnis begründet wird, unterliegt im Laufe der geschichtlichen Entwicklung einer verschiedenen juristischen Beurteilung.

Übelstände ergeben. Der vorsichtige Unternehmer reicht aber vielleicht auch hier seinen Plan schon vorher zur Prüfung ein und führt ihn nur durch, wenn diese Prüfung günstig ausgefallen ist. Das Gericht fährt nun fort: „Die Resultate einer solchen Prüfung können in der Form einer Konzession, eines Konsenses zusammengefafst werden. Ein solcher stellt sich dann als die Erklärung dar, dafs gegen die beabsichtigte Anlage polizeilicherseits nichts zu erinnern sei, verleiht dem Empfänger aber kein wohlerworbenes Recht.“ Die richtige Konzession thut das; hier aber bedeutet das Wort, wie wir sehen, nicht einmal eine Polizeierlaubnis, sondern eine blofse Meinungsäufserung, die Erklärung, dafs man nicht glaube, einschreiten zu müssen. Wenn wir statt Konzession durchweg Verleihung sagten, würden die mit dem ersteren Ausdruck nun einmal verbundenen Zweideutigkeiten bald verschwinden.

[9] Reichsges. v. 6. April 1892 über das Telegraphenwesen § 1: „Das Recht, Telegraphenanlagen für die Vermittlung von Nachrichten zu errichten und zu betreiben, steht ausschliefslich dem Reiche zu.“ § 2: „Die Ausübung des in § 1 bezeichneten Rechtes kann für einzelne Staaten und Bezirke an Privatunternehmer verliehen werden.“ In § 3 wird dann ein ausschlufsrechtfreies Gebiet des Privattelegraphen abgegrenzt, entsprechend der Privatstrafse und Privateisenbahn.

Im älteren Rechte handelt es sich um die Ausstattung einer Person mit landesherrlichen Regalien, Zollbrückengerechtsamen, Fährgerechtigkeiten oder um die Ausstattung eines sonstigen Unternehmens mit besonderem Recht aus der Fülle der landesherrlichen Hoheitsrechte. Den gemeinsamen Namen dafür giebt das Privilegium[10].

Dem Polizeistaat entspricht es, auch hier wieder seine Zweiteilung zu machen. Soweit es sich um Ausübung oder Übertragung obrigkeitlicher Gewalt handelt, ist die Verleihung ein öffentlichrechtlicher Akt. Alles was daneben hergeht an vermögensrechtlichen Leistungspflichten, welche der Unternehmer tragen soll, oder Zusagen, die ihm gemacht werden, ist civilrechtlicher Natur und wird zum Inhalt eines Vertrages[11].

Die neue Ordnung des Rechts- und Verfassungsstaates hat daraus eine Erbschaft von festgewurzelten Anschauungen überkommen, der gegenüber eine selbständige, ihr entsprechende Beurteilung des Verleihungsaktes nur mühsam durchdringt. Der wichtigste Akt, an dem immer die Probe zu machen ist, die Eisenbahnkonzession, erschwert das noch durch die Mannigfaltigkeit seines Inhalts. Es handelte sich dabei von Anfang an um Aktiengesellschaften; dem damaligen Stande des Handelsrechts gemäfs beginnt deshalb der Akt immer mit der Genehmigung der Gesellschaft selbst. Sodann spielt die Gewährung des ausschliefslichen Rechtes für gewisse Linien eine grofse Rolle; Steuerbefreiungen, Zuschüsse, Zinsgarantien werden in Anspruch genommen, dann wieder Rückfallsrechte bedungen, Kautionspflichten auferlegt[12]. Daraus gilt es nun, den wesentlichen Kern herauszuschälen.

---

[10] Klüber, Öff. R. § 460, § 483; Gerber, D. Priv.R. § 67.

[11] Vgl. oben Note 5 a. E.; v. Roenne, Wegepolizei S. 181: „Zu jedem Unternehmen dieser Art ist der Abschlufs eines Vertrages erforderlich, welcher die Rechte und Verpflichtungen zwischen dem Unternehmer und dem Fiskus (!) feststellt.“

[12] Das erste deutsche Eisenbahn-Konzessions-Gesuch wurde am 16. Dezember 1833 an den König von Bayern gerichtet und stellte folgende Bitten:

„1. Die vorgelegten Gesellschaftsstatuten zu bestätigen;

2. der solcher Gestalt sanktionierten Gesellschaft ein ausschliefsliches Privilegium zur Herstellung und immerwährenden Benutzung der Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth und deren künftigen Fortsetzungen nach allen Richtungen unter Befreiung von allen indirekten Staatsauflagen zu verleihen;

3. der Eisenbahn selbst und ihren Fortsetzungen die Rechte und den Schutz der Staatsstrafsen allerhuldreichst zuzusichern“ (Hagen, Die erste deutsche Eisenbahn S. 77).

Der letzte Satz ist das Wesentliche. Man sieht hier deutlich, wie angeknüpft wird an das Strafsenregal. — Die daraufhin erfolgte Erteilung des Privileges vom 19. Februar 1834 hat folgenden Wortlaut:

So oft sich in neuerer Zeit Streitigkeiten zwischen dem Staat und den Eisenbahngesellschaften über die beiderseitigen Rechte ergeben haben, war man genötigt, auf diesen Kern, auf die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzession zurückzugehen, und dabei sind die schärfsten Meinungsverschiedenheiten zu Tage getreten[13].

Drei verschiedene Grundauffassungen stehen sich gegenüber. Alle gehen davon aus, dafs es sich darum handelt, die Schwierigkeit zu überwinden, wie aus einem öffentlichrechtlichen Akte der Staatsgewalt Rechte der Unterthanen hervorgehen sollen[14].

Diese Schwierigkeit beseitigt die erste Meinung damit, dafs sie der Eisenbahnkonzession die öffentlichrechtliche Natur abstreitet. Die Konzession ist ein privatrechtlicher Vertrag, welchen der Staat mit dem Unternehmer abschliefst und aus welchem privatrechtliche

---

„Nachdem die zur Errichtung einer Eisenbahn zwischen Nürnberg und Furth zusammengetretene Aktiengesellschaft um Verleihung eines ausschliefsenden Privilegiums hiefür die unterthänigste Bitte gestellt hat, so wollen Wir nach genommener Einsicht und Genehmigung der von dieser Gesellschaft entworfenen Statuten in allergnädigster Anerkenntnis des fraglichen Unternehmens als einer gemeinnützigen, für die Verkehrserleichterung zwischen zweien der gewerbereichsten Städte Unseres Königreichs zum öffentlichen Gebrauche dienenden Anstalt das erbetene ausschliefsende Privilegium zur Errichtung einer Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth für die nächstfolgenden 30 Jahre, jedoch unter nachstehenden Bedingungen bewilligen und hiermit verliehen haben, dafs:

1. die bezeichnete Eisenbahn binnen der nächsten 5 Jahre, vom Tage gegenwärtiger Verleihung an gerechnet, wirklich eröffnet werde;
2. die Gesellschaft sich verbindlich erkläre, für den Fall des Anschlusses anderer von Uns genehmigter Eisenbahnen, welche in irgend einer Richtung durch einen Teil des Landes geführt werden, an diese privilegierte Eisenbahn zwischen Nürnberg und Fürth derselben die durch eben bemerkte gröfsere Verbindung etwa erforderlich werdende Erweiterung oder sonstige Einrichtung, welche der Anschlufs erfordert, zu geben,
3. endlich das erteilte Privilegium durch fünfjährigen Nichtgebrauch erlösche."

[13] Hierher gehören: Rüttimann, Rechtsgutachten über die Frage, inwieweit durch die Eisenbahnkonzessionen der schweizerischen Kantone und die Beschlüsse der schweizerischen Bundesversammlung für die beteiligten Gesellschaften Privatrechte begründet werden. — Drei Rechtsgutachten, betreffend die rechtliche Natur der Eisenbahnkonzessionen, von Carrard, Heusler und Hilty (aus Anlafs des Broyethalbahn-Streites verfafst). — Zur Nordbahnfrage, Gutachten von Exner und Grünhut in Ztschft. f. Priv. u. Öff. R. XIV S. 704 ff. — Denkschrift über die Verstaatlichung der im Grofsherzogtum Hessen gelegenen Strecke der Hessischen Ludwigs-Eisenbahn-Gesellschaft, von Laband verfafst als Entgegnung auf ein von G. Meyer über diese Frage erstattetes Gutachten; dazu dann des Letzteren: Erwiderung auf diese Denkschrift.

[14] Wir folgen hier der Einteilungsweise von Meili, Das Recht der modernen Verkehrs- und Transportanstalten S. 22.

Ansprüche entstehen, wie sonst auch. Sogar eine Gebundenheit der gesetzgebenden Gewalt an diesen Vertrag hat man behaupten wollen[15]. Dazwischen fühlte man freilich, dafs es bei der Begründung eines öffentlichen Unternehmens doch nicht so rein privatrechtlich hergehen könne; namentlich das Enteignungsrecht und die Zuständigkeit zur Handhabung der Bahnpolizei haben stutzig gemacht. Deshalb hat sich neben jener schroffen Vertragstheorie eine abgeschwächte gebildet, die den Konzessionsakt in zwei Teile zerlegen will: in den eigentlichen Konzessionsakt, Konzessionsakt im engeren Sinne, durch welchen solche öffentlichrechtliche Befugnisse begründet werden; und in die Konzession im weiteren Sinne, enthaltend alle übrigen Bestimmungen, die dann eben den privatrechtlichen Vertrag vorstellt[16]. Das ist aber dann einfach die nachgeschleppte polizeistaatliche Auffassung, ein Seitenstück zu der oben § 44 Note 2 erwähnten Behandlungsweise des Staatsdienstvertrages.

Die zweite Meinung verfährt gerade umgekehrt. Die Eisenbahnkonzession, sagt sie, ist ein öffentlichrechtlicher, ein hoheitlicher Akt; Rechte des Unternehmers gegen den Staat entstehen folglich nicht daraus. Der Staat kann insbesondere jeder Zeit die gemachte Einräumung wieder einschränken und zurücknehmen, und zwar ohne Entschädigung, denn qui jure suo utitur neminem laedit[17]. Hier ist die

---

[15] So Rüttimann in dem oben Note 13 erwähnten Gutachten; vgl. dazu die treffende Widerlegung von Sachs in Ztschft. f. H.R. XIX S. 330 ff. Nach Rüttimann, Bundesstaats-R. II S. 133, wären die amerikanischen Juristen seiner Meinung. Meili a. a. O. S. 22 glaubt darauf hinweisen zu sollen, dafs auch die französischen Schriftsteller hier von einem Vertrage sprechen; darauf beruft sich schon Carrard in seinem Gutachten zur Broyethalbahnfrage S. 14. Allein der contrat administratif, von welchem bei Dufour, Bathie, Perriquet u. A. die Rede ist, soll ja in Wahrheit gar kein Vertrag sein, sondern hat nur den Namen eines solchen; vgl. Arch. f. öff. R. III S. 25.

[16] So Carrard a. a. O. S. 8; desgl. Hilty in seinem Gutachten zu eben dieser Sache S. 16: „Es nimmt also jede Eisenbahnkonzession an Private unwillkürlich (?) neben dem Charakter einer Verleihung von Souveränetätsrechten auch den Charakter eines zweiseitigen Privatvertrages an, aus dem gegenseitig gerichtlich klagbare Rechte und Gegenrechte entstehen. Diese beiden Seiten, die staatsrechtliche und die privatrechtliche, bestehen in jeder Eisenbahnkonzession neben einander, dieselbe hat einen staatsrechtlichen und einen privatrechtlichen Teil." Ebenso Haberer, Österreich. Eisenbahn-R. S. 24: Die Konzession enthält zunächst den Willen der Staatsgewalt, die Ausübung des Hoheitsrechtes nicht selbst zu vollziehen, sondern einem Dritten zu überlassen. „Enthält die Urkunde noch andere Bestimmungen, . . . so erhält sie auch noch den Charakter eines zweiseitig verbindlichen Vertrages."

[17] Dies ist der Standpunkt des Schweizerischen Bundesrats in der Botschaft über Eisenbahnwesen v. 16. Juni 1871 (oben Note 1); Seiler, Rechtliche Natur

Beurteilung des Aktes selbst richtig, aber die Folgerung, die daraus gezogen wird, trifft doch nur zu vom Standpunkte des Polizeistaates aus, für welchen öffentliches Recht gleichbedeutend ist mit Verneinung alles Rechtes der Unterthanen.

Die dritte Meinung, und zwar die herrschende, ist die, dafs allerdings die Verleihung ein Akt öffentlichrechtlicher Natur ist, dafs aber gleichwohl nicht blofs Pflichten, sondern auch Rechte des Unterthanen, des Beliehenen dadurch begründet werden können. Dabei ist es aber üblich, dieses Ergebnis, wenigstens was die Rechte des Beliehenen anlangt, noch besonders zu rechtfertigen, um nicht zu sagen: zu entschuldigen. Man erklärt wohl die Konzession für einen Akt der Gesetzgebung, ein Specialgesetz, ein Privilegium[18]. Allein die Konzessionen werden doch nur in seltenen Fällen in Form eines Gesetzes erteilt; soll es aber heifsen: die Konzession sei Gesetz im materiellen Sinn, Rechtssatz, so ist das eine leere Titulatur, die dem Rechtsgeschäft verliehen wird und dient in keiner Weise dazu, uns seine Wirkung klarer zu machen[19]. Andere glauben wieder dadurch zu helfen, dafs sie sagen, der Akt selbst sei wohl rein öffentlichrechtlicher Natur, aber seine Wirkung gemischt, teils öffentlichrechtlich, teils privatrechtlich, und in letzterer Beziehung könne er dann auch Privatrechte erzeugen. Darin steckt aber nur wieder der falsche Gedanke, dafs alle Rechte der Privaten gegen den Staat privatrechtliche Rechte sein müfsten. Den zwiespältigen Rechtsinstituten, die man in dieser Zwangslage gestaltet, sind wir ja auch sonst schon begegnet[20]. Wir brauchen all dieses Gewirre nicht. Die Sache ist viel einfacher.

---

der Eisenbahnkonzession S. 24. — So im wesentlichen auch Zachariae, St.R. § 164, II Note 5, § 165 a. E., § 196 III; ein Privilegium kann sich mit der für den Staat stets unverbindlichen Konzession nur insoweit verbinden, als Rechte gegen andere Unterthanen begründet werden, z. B. ausschliefsliche Gewerberechte (§ 165 a. E.)

[18] So Meili in Ztschft. f. H.R. XXIV S. 359; Koch, Deutschl. Eisenbahnen II S. 489; Heusler in s. Rechtsgutachten S. 9; Seiler, Rechtl. Natur der Eisenb. Konz. S. 28. Nach Endemann, R. der Eisenb. S. 280—282, ist die Konzession „nicht ein nach den Grundsätzen des Privatrechts zu beurteilender Vertrag“; das daraus entstehende Verhältnis ist aber „als ein vertragsmäfsiges zu bezeichnen“: allein ihrem Wesen nach ist die Konzession „ein Verwaltungsakt“; „für den Erwerber“ ist sie ein „Privileg“; „als Specialgesetz darf sie nicht behandelt werden.“ Was mag da wohl eigentlich gemeint sein?

[19] R.O.H.G. 18. März 1874 (Samml. XIII S. 123).

[20] Vgl. oben § 34 Note 12; § 39 Note 9; Bd. I § 11 Note 13. Hier ist vor allen Heusler zu erwähnen, der in seinem Rechtsgutachten aus dem Satze, dafs das durch die Konzession Zugesicherte ein Privatrecht bilde (S. 6), allmählich

Die Konzession oder Verleihung öffentlicher Unternehmungen ist ein Verwaltungsakt[21]. Der Verwaltungsakt ist seinem allgemeinen Begriffe gemäfs ein obrigkeitlicher Ausspruch zur Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses des Unterthanen gegenüber der öffentlichen Gewalt (Bd. I S. 95). Indem er hier nicht blofs erklärt, was schon Rechtens ist, sondern nach freiem Ermessen bestimmt, was Rechtens sein soll, stellt er sich dar als Verfügung, als öffentlichrechtliches Rechtsgeschäft (Bd. I S. 101). Die Fähigkeit, auch subjektive öffentliche Rechte des Unterthanen zu erzeugen, ist damit von selbst gegeben. Die Voraussetzungen der Rechtswirksamkeit der Verleihung gestalten sich ganz nach den allgemeinen Grundsätzen der Verwaltungsakte. Was man an Besonderheiten daran beobachten mag, ist nichts als die Anwendung jener Grundsätze auf den besonderen Inhalt dieses Aktes.

1. Der Verleihende mufs zuständig sein zu dem Akte. Dazu gehört, dafs er über das zu verleihende Unternehmen verfügen könne. Diese Verfügungsfähigkeit steht, mangels besonderer Ordnungen, immer nur bei der Vertretung desjenigen öffentlichen Rechtssubjektes, dem das zu verleihende Unternehmen seiner Natur nach gehört: Staatsstrafsen verleiht die oberste Staatsbehörde, Ortsstrafsen die Gemeindebehörde. Soll mit dem Unternehmen eine Gewaltübung gegen Andere verbunden sein, Enteignung, Abgabenerhebung, Polizeibefehl und Polizeizwang, überhaupt ein Eingriff, der seinerseits einer gesetzlichen Grundlage bedarf, so ist auch zu solcher Übertragung eine gesetzliche Ermächtigung notwendig, oder die Verleihung mufs durch gesetzlichen

---

hinübergleitet zu dem Satze, dafs diese Befugnisse selbstverständlich auch privatrechtlicher Natur seien (S. 13), und dann die zweite Verwechslung hinzufügt: selbst ein öffentlichrechtliches Privileg, einmal erteilt, „ist für den Privilegierten zum Vermögens-, zum Privatrecht geworden. Es handelt sich dabei einfach um pekuniäre Vorteile, also (!) ein privatrechtliches Verhältnis". Laband in seinem Gutachten für die Hessische Ludwigsbahn S. 11 beruft sich auf diese Ausführungen und schliefst seinerseits: Die Konzession bestimmt Grundsätze über künftige Entschädigungen, begründet also einen vermögensrechtlichen Anspruch gegen die Hessische Staatskasse, folglich einen privatrechtlichen Anspruch. In derselben Gedankenreihe müfste aber auch der Gehaltsanspruch des Staatsbeamten privatrechtlich werden, den Laband doch mit so vortrefflicher Begründung dem öffentlichen Rechte zuweist (St.R. I S. 491; 3. Aufl. S. 468).

[21] Ähnliches ist wohl gemeint, wenn die Verleihung bezeichnet wird als „Akt der Staatsgewalt" (Eger, Eisenbahn-R. I S. 93), „hoheitlicher Akt" (Seiler, Eisenbahnkonz. S. 52), „Staatsakt" (Loening, V.R. S. 628), „Verwaltungshandlung" oder „rechtsbegründender Verwaltungsakt" (G. Meyer, V.R. I S. 532). Aber unseren Verwaltungsakt in der ganzen Kraft des Begriffes pflegt man damit doch nicht vor Augen zu haben.

Einzelakt geschehen. Diese Verleihung in Gesetzesform hat dann sachlich die Natur eines Verwaltungsaktes.

2. Um Rechte des Beliehenen zu begründen, genügt diese Verfügungsfähigkeit, um ihm Verpflichtungen einseitig aufzulegen, wäre wiederum die gesetzliche Grundlage oder die Form des gesetzlichen Einzelaktes erforderlich. Statt dessen tritt aber hier wieder die freiwillige Unterwerfung des Betroffenen ein, die in dessen Gesuch oder in der Annahme der Verleihung enthalten ist (Bd. I S. 98). Die Verleihung ist ein Verwaltungsakt auf Unterwerfung wie die Anstellung im Staatsdienste, ein Vertrag so wenig wie diese (oben § 44, I). Die Verhandlungen, die vorausgehen, stellen Bedingungen und Umfang dieser Unterwerfung fest und bestimmen den genaueren Inhalt des dadurch zulässig gewordenen Verwaltungsaktes[22]. Was wirkt, ist wieder dieser allein.

3. Die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes tritt ein, wie immer, mit der Eröffnung an den beliehenen Unternehmer; ordentlicher Weise wird dies durch Aushändigung einer Verleihungsurkunde geschehen.

Bei Brücken, Fähren, Ortsstrafsen genügt dies. Bei gröfseren Unternehmungen, Eisenbahnen, Kanälen wird es aber zweckmäfsig sein, dafs das Publikum davon benachrichtigt wird, dafs ihm ein neues öffentliches Unternehmen entgegentritt oder dafs es die Thätigkeit dieses Unternehmens fortan unter solchem Gesichtspunkt zu betrachten habe. Veröffentlichungen sind angebracht. Das Gesetz schreibt wohl auch vor, dafs die Wirksamkeit der Verleihung Dritten gegenüber erst mit der Vornahme solcher Veröffentlichungen eintrete[23]. Von selbst versteht sich das nicht.

Eine besondere Gestalt nimmt die Sache an, wenn der künftige Träger des öffentlichen Unternehmens für diesen Zweck eigens erst geschaffen wird durch einen Akt der Staatsgewalt. Da verbindet sich

---

[22] Es verhält sich damit wie mit den Vorverhandlungen bei der Anstellung im Staatsdienst; oben § 44 S. 222. In ihnen schon einen Vertrag zu sehen, welcher der Erteilung des „Privilegiums“ vorausgeht, hat keinen Zweck, wenn man doch anerkennen mufs, dafs keinerlei Anspruch damit begründet wird: Eger, Eisenbahn-R. I S. 94.

[23] Preufs. Ges. v. 10. April 1872 § 4. Das Verhältnis zwischen dem Verleiher und dem Beliehenen tritt unabhängig davon in Kraft schon durch die etwa vorausgegangene Eröffnung an den Letzteren. — Gemäfs H.G.B. art. 210 wird der neu zu bildenden Aktiengesellschaft die Konzession in vorläufiger Weise und bedingt erteilt und dem Gründungskomitee eine Urkunde darüber zugestellt; Eger, Eisenbahn-R. I S. 124.

dann die Verleihung mit dieser Schaffung des Rechtssubjektes zu Einem; eine Kundgabe an das letztere findet nicht statt; es entsteht, ausgestattet mit der Verleihung. Lediglich zur Benachrichtigung Dritter, und um diesen gegenüber wirksam zu sein, wird sie veröffentlicht.[24]

§ 50.

Fortsetzung; Rechte und Pflichten des beliehenen Unternehmers.

Das Rechtsgeschäft der Verleihung begründet für den beliehenen Unternehmer Rechte und Verbindlichkeiten gegenüber dem Verleihenden. Das Genauere bestimmt der Inhalt des Verleihungsaktes.

Für gewisse Arten von Verleihungen hat das Gesetz allgemeine Ordnungen aufgestellt. Dies ist vor allem für Eisenbahnkonzessionen geschehen durch die sogenannten Eisenbahngesetze. Es hat verschiedene Bedeutung.

Vorschriften über das Verfahren bei der Verleihung und bei Geltendmachung der Rechte des Staates daraus, sowie für die Ordnung der beteiligten Behörden, also alle Formvorschriften im weitesten Sinne, sind in erster Linie den Behörden selbst gegeben, können also nicht geändert werden; das Gesetz ist insoweit einfach zu vollziehen nach den allgemeinen Grundsätzen über seine bindende Kraft.

Vorschriften über das Verhältnis des Beliehenen zum Staate, eigentliche Konzessionsbedingungen, welche das Gesetz aufstellt, haben im Zweifel nur die Bedeutung des nachgiebigen Rechts. Das Gesetz will nur gelten, soweit der Verleihungsakt nicht Abweichendes bestimmt durch seinen Wortlaut oder durch Bezugnahme auf vorausgehende Abmachungen. Es schafft, wie beim civilrechtlichen Rechtsgeschäft, stillschweigenden Inhalt des Aktes.

Die Gesetze enthalten aber unter diesen Konzessionsbedingungen auch Bestimmungen über besondere Befugnisse und Gewalten öffentlichrechtlicher Art, welche dem Beliehenen zustehen sollen Dritten gegenüber: Enteignung, Abgabenerhebung, Polizei u. s. w. Diese bedeuten

[24] So bei den älteren Eisenbahn-Aktiengesellschaften, welche der staatlichen Genehmigung bedurften; vgl. z. B. die „Konzessions- und Bestätigungsurkunde“ der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft in Preufs. Ges.samml. 1844 n. 3. Scharf erscheint diese Form namentlich da, wo das zu verleihende Unternehmen durch einen gesetzlichen Einzelakt besonders gestaltet und mit einer in Aussicht genommenen Aktiengesellschaft im voraus verknüpft wird. So Bayr. Ges. v. 1. Juli 1834, II wegen des Ludwigs-Donau-Main-Kanals und vor allem Reichsbankges. v. 14. März 1875 § 12.

eine Ermächtigung der verleihenden Behörde zur Übertragung solcher Rechte. Sie kann weniger geben, aber nicht mehr; denn nur mit gesetzlicher Ermächtigung sind solche Übertragungen möglich[1]. —

I. In dem durch die Verleihung begründeten Rechtsverhältnisse stehen die Pflichten des Beliehenen und dem entsprechend die Rechte des Staates oder sonstigen Verleihers gegen ihn im Vordergrunde. Ein öffentliches Unternehmen soll ins Leben gerufen werden, das ist der Zweck der Verleihung. Demgemäfs begründet die Verleihung eine öffentlichrechtliche Pflicht des Beliehenen, das Unternehmen ins Werk zu setzen und durchzuführen.

Handelt es sich darum, das Unternehmen überhaupt erst herzustellen, so ist ein direkter Zwang meist nicht gut durchführbar. Statt dessen wird hier im Falle der Nichterfüllung nach Ablauf der gesteckten Frist der Widerruf der Verleihung ausgesprochen werden. Davon bei der Endigung des Rechtsverhältnisses das Nähere (unten III).

Ist das Unternehmen hergestellt, so sichert sich der Staat die gehörige Instandhaltung und Fortführung durch obrigkeitliche Mafsregeln. Der Inbegriff der Gewalt, welche ihm auf Grund der Verleihung zu diesem Zwecke zusteht, bildet das Aufsichtsrecht, entsprechend dem gleichnamigen Institut gegenüber den Selbstverwaltungskörpern (unten § 59) und der Dienstgewalt, mit welcher der Staatsdiener bei seiner Dienstpflicht gehalten wird (oben § 45). Darin liegt zweierlei.

1. Auf Grund des Aufsichtsrechtes wird obrigkeitlich festgestellt, was zu den verleihungsmäfsigen Pflichten des Unternehmers gehört. Die Einzelheiten der Pflicht werden aus dem Verleihungsverhältnis heraus entwickelt durch bindende Aussprüche der Behörde, entsprechend den auf Grund der Dienstgewalt erlassenen Dienstbefehlen[2].

Wie diese können solche Aussprüche ergehen in allgemeinen Anweisungen, die veröffentlicht werden, Regulativen, Ordnungen, Betriebsvorschriften. Sie haben die Natur von Generalverfügungen,

---

[1] Loening, V.R. S. 628, hat nur unsere zweite Rubrik im Auge, wenn er überall die Bestimmungen der Konzession in erster Linie für mafsgebend hält, Eger, Eisenbahn-R. I S. 118, nur die dritte, wenn er verlangt, dafs die besonderen Bedingungen der Konzession „sich im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften halten müssen".

[2] Koch, Deutschl. Eisenb. II S. 503: „Dieses dem Staate unveräufserlich zustehende Recht wird durch die Vorbehalte in den Konzessionen nicht erschöpft, sondern erstreckt sich so weit, als die Pflicht des Staates reicht, dafür zu sorgen, dafs die Eisenbahn ihre Eigenschaft als öffentliche Transportanstalt erfüllt."

wirken nicht mit der Kraft des Rechtssatzes, sondern mit der des besonderen Pflichtverhältnisses, und werden gleichzeitig verbindlich für alle so Verpflichteten[3].

Die Feststellung der Pflicht kann auch geschehen im Einzelfall durch einen eröffneten Befehl, der ein Verbot sein kann oder ein Gebot, eine Auflage. Die Auflage ist der Befehl, eine Vorkehrung oder Einrichtung zu treffen, welche für die Durchführung des Unternehmens erfordert und demgemäfs in der Pflicht des Beliehenen begriffen ist[4].

Das Mafs solcher Forderungen beschränkt sich nicht darauf, dafs das Unternehmen einfach fortgeführt und in Stand gehalten werde, noch auf die Fernhaltung neu auftauchender Schädlichkeiten. Auch die Verbesserung des Unternehmens und die Erhöhung seiner Nützlichkeit für das öffentliche Interesse kann noch verlangt werden. Dafs das neue Arbeit und vermehrte Kosten für den Unternehmer bedeutet, ist kein Hindernis. Erst da liegt die Grenze seiner Pflicht, wo durch die neuen Auflagen die wesentlichen Grundlagen des Unternehmens verschoben würden, das Unternehmen selbst durch die zugemuteten Neuerungen ein anderes würde als das verliehene. Der Billigkeit wird dadurch Rechnung getragen, dafs, noch bevor diese Grenze erreicht ist, ein anderer Abschnitt sich einschiebt. Es giebt nämlich einen Punkt, bei dessen Überschreitung der erwachsende Kostenaufwand dem Unternehmer vergütet werden mufs. Es kommt darauf an, ob die auferlegte Verbesserung gefordert wird durch die Entwickelung des Unternehmens selbst oder von anderen Interessen, die dasselbe in höherem Grade sich nutzbar machen wollen. Auch diesen, sofern sie als öffentliche Interessen sich darstellen, hat der Beliehene im Rahmen seines Unternehmens gerecht zu werden. Aber er bringt damit ein Opfer für ein Interesse, welches nicht zugleich das seinige, das von ihm zu vertretende ist. Der allgemeine Grundsatz greift Platz, dafs solche besondere Opfer vergütet werden; der Mehraufwand, der ihm

---

[3] Eine allgemeine Anweisung dieser Art ist die Bayr. Verord. v. 20. Juni 1855 betreffend die Verpflichtungen der beliehenen Eisenbahnunternehmer. Seydel, Bayr. St.R V S. 543, hält sie für eine wahre Verordnung, Rechtsverordnung, und glaubt die hierzu nötige gesetzliche Grundlage in dem später ergangenen Gewerbegesetz v. 30. Jan. 1868 zu finden. Was wäre sie bis dahin gewesen? — Richtig V.G.H. 13. April 1886 und 4. Mai 1886; die Verord. kann danach „eine unmittelbar rechtserzeugende Wirkung nur nach Art eines Vertragsverhältnisses äufsern“, sie ist bindend als „lex contractus“; die civilrechtliche Ausdrucksweise mufs man zu Gute halten.

[4] C.C.H. 25. Juni 1853, 30. Sept. 1857; O.Tr. 26. Sept. 1871 (Str. 82 S. 333).

durch die geforderte Einrichtung erwächst, ist ihm nach den Regeln der öffentlichrechtlichen Entschädigung zu ersetzen (unten § 53)[5].

2. Das zweite Stück des Aufsichtsrechtes ist der Zwang.

Es kann durch Rechtssatz des Gesetzes oder der Verordnung Strafe angedroht sein für Nichterfüllung der verleihungsmäfsigen Pflichten, insbesondere Verabsäumung der gehörigen Besorgung und Instandhaltung des Unternehmens. Das trifft aber nicht notwendig den Unternehmer selbst, sondern mehr diejenigen Personen, welche von ihm zur Besorgung der Geschäfte bestellt sind. Die Nichterfüllung ihrer Pflicht wird im öffentlichen Interesse mifsbilligt und dies durch die rechtssatzmäfsige Strafe eingeschärft.

Eigentliche Zwangsmittel können durch die Verleihung selbst begründet werden in Gestalt von Ungehorsamsstrafen, welchen der Beliehene sich unterwirft, oder so, dafs der Aufsichtsbehörde die Geltendmachung von Rechten eingeräumt wird, die diesem gegenüber seinen Angestellten und Bediensteten zustehen mögen: Verfügung von Konventionalstrafen, Dienstentlassung u. dgl.[6].

Das wichtigste Zwangsmittel ist hier die Ersatzvornahme. Die durch eine Auflage angeordnete Mafsregel wird im Falle der Säumnis an Stelle des Pflichtigen durch die Behörde zur Ausführung gebracht, der Kostenbetrag festgesetzt und beigetrieben, alles in den Formen, deren sich die verwaltungsrechtliche Ersatzvornahme auch sonst und namentlich im Polizeizwange bedient (vgl. Bd. I § 23, II)[7].

---

[5] Diese Fragen wurden eingehend erörtert in dem Prozefs der Westschweizerischen Bahnen gegen die Eidgenossenschaft, worüber die Rechtsgutachten von Carrard, Heusler und Hilty. Der Bundesrat hatte der Gesellschaft aufgegeben, auf ihrer Broyethallinie einen vierten Zug pro Tag einzustellen. Dieser war für notwendig erachtet im Interesse des durchgehenden Verkehrs. Die Verleihungsurkunde verpflichtete zur Unterhaltung der notwendigen Züge, und zwar mindestens zweier täglich. Das Recht des Bundesrats, mehr zu verlangen, wurde allseitig anerkannt; aber Entschädigung ist geschuldet. Heusler, Gutachten S. 28, begründet dies damit, „dafs der S. O. die Kosten des vierten Zuges billigerweise nicht zugemutet werden dürfen. Sie hat die Erstellung und den Betrieb einer Lokalbahn übernommen; sie hat hierbei den gewichtigen Faktor in Anschlag bringen dürfen, dafs sie, so lange der Verkehr in den engen Grenzen des Lokalverkehrs bleibt, zu mehr als zwei Zügen, sofern solche zur Beförderung der Passagiere genügen, nicht könne angehalten werden."

[6] Haberer, Österr. Eisenbahn-R. S. 311; Eger, Preufs. Eisenbahn-R. I S. 45 Note 28, S. 53 Note 37.

[7] O.Tr. 17. März 1871 (Str. 81 S. 224): Der beliehene Strafsenunternehmer wird für verpflichtet erklärt, eine Strecke seiner Strafse zu verbreitern, die Enteignung alsbald für seine Rechnung durchgeführt, danach die Entschädigung festgesetzt und durch das Polizeipräsidium mit administrativer Zwangsbeitreibung von ihm erhoben.

II. Die Rechte, die wir auf seiten des Beliehenen finden, sind allesamt Privatrechte in dem Sinne, dafs sie eigne Rechte eines Privaten, eines Unterthanen vorstellen. Im übrigen ist zu unterscheiden.

1. Die Verleihung bewirkt, dafs dem Beliehenen Macht gegeben wird über ein Stück öffentlicher Verwaltung, das öffentliche Unternehmen, das er führen soll in eignem Namen und für eigne Rechnung. Damit ist ein subjektives öffentliches Recht für ihn begründet (vgl. Bd. I § 9, II n. 2). Dieses Recht äufsert sich, seiner Natur entsprechend, nach zwei Seiten hin.

Einmal in dem Anspruch auf Rechtsschutz: es bindet die öffentliche Gewalt, dafs sie es handhabe und aufrecht erhalte. Eingriffe in das von ihm beherrschte Gebiet sind ihr fortan nur gestattet, soweit ein besonderer Rechtsgrund für sie dazu gegeben ist im Gesetz oder in einem Vorbehalt, der bei der Verleihung gemacht wurde (Bd. I § 9, III n. 1). Für die Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Einschränkungen und Rechtsentziehungen giebt das die Grundlage.

Sodann in der Verfügung über das Recht. Insofern hier mit dem Rechte eine Pflicht zur Führung des Unternehmens verbunden ist, ist die Verfügung nicht frei Der einfache Verzicht auf die Konzession setzt eine Genehmigung voraus, um wirksam zu sein; ohne diese tritt die Entlassung aus der Pflicht nicht ein und kann folglich auch der Verzicht nicht als gewollt gelten. In gleicher Weise

— Sehr merkwürdig R.G. 22. Sept. 1888 (Samml. 22 S. 285): Der Magistrat Bromberg hat gegen einen Strafsenunternehmer, statt im Verwaltungswege vorzugehen, bei Gericht auf verleihungsgemäfse Herstellung der Bürgersteige geklagt. Das Reichsgericht findet, dafs das noch eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit sei, da vermögensrechtliche Ansprüche „begriffsmäfsig“ in das Gebiet des Privatrechts gehören. Richtig ist nur, dafs sie nach unserem Rechte vor die Civilgerichte gehören (Bd. I § 16, II). Ob die verleihungsmäfsige Pflicht, eine öffentliche Strafse herzustellen, auch dahin zu rechnen ist, möchten wir bezweifeln. Wenn aber die Civilgerichte über solche öffentlichrechtliche Fragen entscheiden wollen, so müssen sie ihnen auch gerecht zu werden suchen. Was thut aber das Reichsgericht? Es untersucht, ob ein civilrechtlicher Titel vorliege, und findet: „die Nachsuchung der Konzession“, die Anordnungen, welche die Stadt mit „ihrer obrigkeitlichen Gewalt“ getroffen hat für den Bau, und die Erklärung des Beklagten, danach die Strafse bauen zu wollen. Also eine Verleihung in aller Form. Das ist, sagt das Gericht, kein Vertrag und folglich der Anspruch der Stadt auf verleihungsmäfsige Ausführung des Strafsenbaues nicht begründet. Man könnte daraus eine Warnung entnehmen vor Ausdehnung der Zuständigkeit der Civilgerichte auf Fragen des öffentlichen Rechts. — Bei Eisenbahnunternehmungen erscheint die Ersatzvornahme auch in der einschneidenden Form der Sequestration; Haberer, Österr. Eisenbahn-R. S. 309 ff.

kann ein Rechtsübergang und damit Pflichtübergang auf einen neuen Unternehmer mit staatlicher Genehmigung vor sich gehen. Diese Genehmigung kann schon im voraus gegeben sein, indem die Verleihung ausdrücklich oder stillschweigend an den Beliehenen und seine Rechtsnachfolger geschehen ist. Bei einfacheren Unternehmungen: Brücken, Fähren, Ortsstrafsenstrecken, wo ein Einzelmensch als Unternehmer aufzutreten pflegt, ist das regelmäfsig so gemeint. Recht und Pflicht aus der Verleihung gehen dann ohne weiteres über durch Erbgang oder Vertrag. Die Regeln von der Wirkung des Verwaltungsaktes für die persona incerta greifen wieder Platz (Bd. I § 8, III n. 3). Bei Verleihung von Chausseen, Kanälen, Eisenbahnen und dergleichen ist auch für den Rechtsübergang besondere Genehmigung vorbehalten. Es handelt sich hier um Gesellschaften, deren Statuten Voraussetzung und Bedingung der Verleihung waren. Die Genehmigung, die hier namentlich im Falle der Fusion von Aktiengesellschaften vorkommt, hat nicht die Bedeutung einer Neuverleihung, sondern nur die einer Annahme und Bestätigung des durch die geschehene Verfügung über das Recht bezeichneten Nachfolgers[8]. Wo freilich der Träger der Verleihung eigens zu diesem Zwecke geschaffen ist, wie bei der Reichsbank, ist die Rechtsübertragung ausgeschlossen, da es ein gleichartiges Rechtssubjekt nicht giebt; nur durch Neuverleihung könnte ein Nachfolger geschaffen werden.

Mit dem Recht auf das Unternehmen, welches den eigentlichen Kern der Wirkung der Konzession bildet, können noch Nebenwirkungen zu Gunsten des Beliehenen verbunden sein: Ansprüche auf besondere Gewährungen, Zuschüsse, Zinsgarantien, Steuerbefreiungen, Schutz gegen Konkurrenzunternehmungen. Diese sind selbständig nicht übertragbar, unterliegen aber der freien Verfügung durch Verzicht.

2. Auf Grund des von der Verleihung geschaffenen Rechtes, das öffentliche Unternehmen zu führen, entwickelt der Beliehene nunmehr seine Thätigkeit in Herstellung, Betrieb und Verwertung desselben. Dabei tritt er in alle möglichen Rechtsbeziehungen nach aufsen, Dritten, dem Publikum gegenüber. Diese sind nicht notwendig öffent-

[8] Haberer, Österr. Eisenbahn-R. S. 30, verlangt zur „vertragsmäfsigen Übertragung der einer Eisenbahnunternehmung verliehenen Konzession“ die staatliche Genehmigung. Endemann, R. der Eisenbahnen S. 285: „Zur Weiterbegebung bedarf es mindestens der Genehmigung der konzessionierenden Regierung oder einer neuen Konzession.“ Letzterenfalls wäre es aber doch keine Weiterbegebung. Unrichtig ist es jedenfalls, wenn beide Schriftsteller die Konzession als „höchstpersönliches Recht“ bezeichnen; da wäre von Übertragung und Weiterbegebung überhaupt nicht mehr die Rede.

lichrechtlicher Natur. Sie sind nicht Wirkungen, sondern nur Folgen der Verleihung[9]. Sie werden gerade so zu beurteilen sein, wie wenn es der Staat selbst wäre, der das Unternehmen betriebe, oder, noch besser, wie wenn ein Selbstverwaltungskörper es betriebe. Betriebsmittel, Vorräte, Dienstgebäude hat er in civilrechtlichem Eigentum wie dieser; Kauf- und Dienstmiete sind auch bei ihm civilrechtliche Rechtsgeschäfte; Enteignung, Polizei der Anstalt, gewisse Gebührenerhebungen bewegen sich hier wie dort in öffentlichrechtlichen Formen[10].

III. Die Endigung des durch die Verleihung begründeten Rechtsverhältnisses, wie sie auch herbeigeführt sein möge, bedeutet immer ein Erlöschen der Pflicht des Beliehenen, für das Unternehmen zu sorgen, und andererseits seines Rechtes an dem Unternehmen. Damit erlöschen auch diejenigen besonderen Rechte, welche dem Beliehenen nur wegen des Unternehmens und für dasselbe zustanden. Alle sachlichen und persönlichen Mittel, welche bisher dem Unternehmen dienten, bilden jetzt in seiner Hand eine zwecklose Masse[11]. Wenn nichts weiter geschieht, kann er frei darüber verfügen; das bisherige öffentliche Eigentum, Strafse, Bahnkörper, Kanal ist mit der Endigung der Verleihung aufgelassen; Grundstücke wie bewegliche Sachen, Dienstverträge, Mietverträge, Aufsenstände, alles, was aus dem Unternehmen übrig bleibt, gehört ihm.

Es kann aber auch der Verleiher eingreifen und diese Mittel an sich ziehen, soweit sie erforderlich scheinen, um den Fortbestand des Unternehmens zu sichern, der im öffentlichen Interesse erfordert sein mag. Das Recht dazu beruht auf dem Verleihungsverhältnis selbst. Wer sich diesem unterwirft, übernimmt damit die Pflicht, das

---

[9] In diesem Sinne unterscheidet Endemann, R. der Eisenbahnen S. 284, „das Verhältnis des Staates zu dem Konzessionär“, das die Konzession zunächst begründet, und die daraus sich ergebende „Rechtsstellung des Konzessionärs nach aufsen, dem Publikum gegenüber“.

[10] Das Recht der Enteignung, der Entnahme von Baumaterialien, der Wegegelderhebung u. s. w. ist nicht selbständiger Gegenstand der Verleihung (O.Tr. 6. Mai 1863, Str. 48 S. 333; R.G. 12. Juni 1883, Samml. IX S. 276; O.V.G. 7. Dez. 1887), sondern Begleiterscheinung des verliehenen Unternehmens, wenn es auch im Verleihungsakte ausdrücklich hervorgehoben wird. Andererseits ist es falsch, wenn so gern auf die Vermögenswerte, die im Unternehmen stecken, hingewiesen wird, um zu behaupten, die Verleihung habe auch „civilrechtliche Wirkungen“.

[11] Haberer, Österr. Eisenbahn-R. S. 27, nennt das wenig passend „die reale Existenz des Unternehmens“ im Gegensatz zu der „persönlichen Existenz“ desselben, die mit der Einziehung der Konzession aufhört.

von ihm für das öffentliche Unternehmen Verwendete nötigenfalls darin zu belassen[12]. Es ist also keine Enteignung, die da vor sich geht; denn diese wird nicht erst durch ein öffentliches Pflichtverhältnis begründet. Die Inanspruchnahme der Mittel ist ein Verwaltungsakt von derselben rechtlichen Natur, wie die Auflagen, die während der Dauer des Verleihungsverhältnisses ergehen, um die gehörige Erfüllung der für das Unternehmen geschilderten Leistungen zu sichern. Insofern aber dadurch dem Unternehmer zweifellos ein besonderes Opfer auferlegt wird, hat er nach allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch auf Entschädigung. Den Mafsstab bildet der Wert, der ihm entzogen wird, nicht der Wert, den die Sachen im Unternehmen hatten, sondern der Rohwert, derjenige, für welchen sie nach Erlöschen des Unternehmens sonst verwendbar waren. — Je nach der besonderen Art der Endigung der Verleihung kann aber die Berechnung auch eine andere werden.

Die Endigungsgründe selbst sind die folgenden:

1. Verzicht. Wie vorhin ausgeführt, ist der Verzicht auf die Verleihung selbst nicht frei, weil diese in erster Linie eine Pflicht des Beliehenen bedeutet[13]. Seine Verzichtserklärung ist ein Gesuch um Entlassung aus dieser Pflicht. Der Verleiher kann die Entlassung gewähren oder versagen nach freiem Ermessen, er kann auch Bedingungen an die Gewährung knüpfen. Wenn der Fortbestand des Unternehmens für nötig erachtet ist, wird die wichtigste Bedingung gerade die sein, dafs die dafür erforderlichen Anlagen und Betriebsmittel gegen eine entsprechende Entschädigung darin belassen werden. Einigt man sich

---

[12] Darüber Haberer a. a. O. S. 27. Laband, Denkschrift f. d. Hess. Ludwigsbahn S. 8, bestreitet dem Staate dieses Recht, da er ein solches auch nicht habe im Falle des Erlöschens der Polizeierlaubnis zu Pulverfabriken, Theatern, Gastwirtschaften. G. Meyer in seiner Erwiderung S. 21 bemerkt richtig, dafs die Eisenbahnen eben „keine privaten Erwerbsgeschäfte, sondern öffentliche Verkehrsanstalten" seien. Wir fügen hinzu, dafs auch die Verleihung etwas anderes ist als die Polizeierlaubnis.

[13] O.V.G. 7. Dez. 1887 (unverzichtbares Privilegium). O.Tr. 6. Jan. 1879 (Str. 100 S. 369) läfst Verzicht auf eine Fährgerechtigkeit zu, da diese eine Gewerbekonzession sei; vgl. Bd. I § 21 Note 23. Nach Bayr. Gewerbeges. v. 1868 art. 12 ist unter dem gleichen Gesichtspunkte der Verzicht auf die Eisenbahnkonzession für zulässig erklärt (Seydel, Bayr. St.R. V S. 546). Haberer, Österr. Eisenbahn-R. S. 27, will den Verzicht deshalb gelten lassen, weil die Konzession keine „privatrechtliche Pflicht zum Betriebe" begründe; als ob es nicht auch öffentlichrechtliche Pflichten gäbe! Endemann, R. der Eisenbahnen S. 286, unterscheidet: nach Herstellung des Unternehmens ist Verzicht unzulässig; vorher kann durch Nichtausführung die einfache Verwirkung herbeigeführt werden, also soll auch Verzicht zulässig sein. Das ist aber doch nicht gleichbedeutend.

darüber, so wird durch den Ausspruch der Behörde das Erlöschen der Verleihung und die zu gewährende Entschädigung zugleich festgestellt. Andernfalls ist ein gültiger Verzicht und eine Endigung der Verleihung überhaupt nicht zustande gekommen.

2. Wenn der Beliehene seinen Pflichten thatsächlich nicht nachkommt, das Unternehmen gar nicht herstellt oder den gehörigen Betrieb unterläfst oder sonst wesentliche Konzessionsbedingungen nicht erfüllt, so ist die Behörde berechtigt, ihm die Konzession zu entziehen. Die Verleihung wird für verwirkt erklärt. Der Ausspruch geschieht nach vorgängiger Mahnung.

Die Behörde kann sich auf diese Zerstörung des Unternehmens beschränken. Dann wird der bisherige Unternehmer über die dazu verwandten Mittel frei verfügen.

Sie kann auch einen Ersatz dafür schaffen durch Selbstbetrieb oder Beleihung eines neuen Unternehmers und kann zu diesem Zwecke von dem Rechte Gebrauch machen, jene Mittel an sich zu ziehen. Dann tritt der Fall ein, dafs für diese Entschädigung zu leisten ist nach ihrem Rohwerte. Im Zweifel haben über die Höhe der Entschädigung die Civilgerichte zu entscheiden.

Im Falle ein Fortbetrieb geboten erscheint, wird es aber am geeignetsten sein, dafs mit der Verwirkungserklärung das Zwangsmittel der Ersatzvornahme sich verbindet: es wird nicht einfach auf die Pflicht des Beliehenen verzichtet, sondern dafür Sorge getragen, dafs sie durch einen Anderen an seiner Stelle und auf seine Kosten erfüllt wird. Das Unternehmen wird an einen neuen Unternehmer verliehen, dem man zugleich die vorhandenen Anlagen und Betriebsmittel überweist. Dafür hat er dem abgesetzten Unternehmer eine Entschädigung zu bezahlen. Der Betrag derselben wird dadurch festgesetzt, dafs eine Wettbewerbung eröffnet wird; unter den sonst Geeigneten erhält der Meistbietende die neue Verleihung[14].

3. Fristablauf. Die Verleihungen pflegen auf eine bestimmte Reihe von Jahren erteilt zu sein. Erfolgt keine Erneuerung, so erlischt die Verleihung mit Ablauf dieser Zeit. Meist wird man bei der Verleihung schon bestimmt haben, was alsdann mit der Anlage und

---

[14] Preufs. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 47; Bayr. Verord. v. 20. Juni 1855 § 12; Endemann, R. der Eisenbahnen S. 287; Seydel, Bayr. St.R. V S. 546; Koch, Deutschl. Eisenbahnen I S. 158 Note 2. — Auch ohne besonderen Vorbehalt oder Rechtssatz fliefst dieses Zwangsrecht aus der Verleihung als ein selbstverständliches. Ist das Unternehmen überhaupt noch nicht ausgeführt, so ist das Verfahren unanwendbar; es wird in diesem Falle nur die einfache Verwirkung ausgesprochen werden.

den Betriebsmitteln geschehen soll, namentlich dafs etwa der Verleiher sie übernimmt gegen Entschädigung, und wie diese Entschädigung zu bemessen ist. Man spricht dann von einem Heimfall des Unternehmens. Fehlt es an einer solchen Bestimmung, so hat der Verleiher die Wahl, ob er den bisherigen Unternehmer über die verbliebenen Mittel frei verfügen lassen oder sie behufs Fortführung des Unternehmens an sich ziehen will gegen Entschädigung. Diese ist dann wieder zu bemessen nach dem Rohwerte [15].

4. Dem Verleiher kann das Rückkaufsrecht vorbehalten sein, d. h. das Recht, nach seinem Belieben jederzeit oder von einem bestimmten Zeitpunkte ab die Verleihung zu widerrufen und behufs Weiterführung des Unternehmens Anlagen und Betriebsmittel an sich zu ziehen, selbstverständlich gegen Entschädigung des Beliehenen.

Das Rückkaufsrecht besteht nur, soweit der Unternehmer sich bei der Verleihung oder nachträglich ihm unterworfen hat, oder eine rechtssatzmäfsige Grundlage dafür gegeben ist. Die gewöhnliche Enteignungsgesetzgebung ist dafür nicht verwendbar, da sie nur auf Entziehung von Grundstücken berechnet ist. Durch Sondergesetz läfst sich natürlich auch hier alles machen [16]. Die Geltendmachung geschieht durch einen Ausspruch der Behörde; an diesen knüpft sich unmittelbar die rechtentziehende Wirkung. Ein Kauf im juristischen Sinne ist das nicht [17].

[15] Grünhut in seinem Gutachten zur Nordbahnfrage (Grünh. Ztschft. 14 S. 715 ff.) will in einem solchen Fall der „Nichterneuerung des Privilegs“ den ganzen Wert des Unternehmens vergüten lassen. Es sei keine wirkliche, aber doch eine mögliche Eisenbahn. Möglich ist sie aber nach Erlöschen der Verleihung gerade für den Unternehmer nicht. Dafs der Staat oder ein neu beliehener Unternehmer aus diesem toten Material wieder eine Eisenbahn machen kann, darf der alte Unternehmer sich nicht zu Gute rechnen.

[16] Preufs. Eisenb.Ges. v. 3. Nov. 1838 § 42; Schweiz. Eisenb.Ges. v. 23. Dez. 1872 § 27. Das Letztere verfügt blofs, dafs ein entsprechender Vorbehalt bei jeder Eisenbahnkonzession gemacht werden soll; würde das also einmal versäumt, so würde das Rückkaufsrecht nicht bestehen. Ein Beispiel vorbehaltenen Rückkaufs ohne gesetzliche Grundlage giebt die Konzessionsurkunde der hess. Ludwigsbahn v. 15. Aug. 1845 § 15, worüber neuerdings die widerstreitenden Gutachten von Laband und G. Meyer. Der Erstere hebt mit Recht hervor (Denkschrift S. 2), dafs gegenüber dem subjektiven Rechte des Beliehenen auf das Unternehmen ein allgemeines selbstverständliches Recht der Verstaatlichung nicht bestehe. Damit ist aber auch G. Meyer einverstanden (Erwiderung S. 6 ff.).

[17] Laband in seinem Gutachten für die hess. Ludwigsbahn erklärt das vorbehaltene Rückkaufsrecht für ein pactum de vendendo, welches nach der Erklärung der Regierung, davon Gebrauch machen zu wollen, und Vornahme der erforderlichen Abschätzung zu einem civilrechtlichen Kaufvertrag führe. Der Be-

Die Bemessung der Entschädigung kann bei der Begründung des Rückkaufsrechts besonders geregelt sein. Soweit das nicht der Fall ist, gelten dafür andere Grundsätze als sonst bei dem blofsen Ansichziehen der vorhandenen Anlagen und Betriebsmittel nach erloschener Verleihung. Was dem Unternehmer hier genommen wird, ist nicht der Rohwert dieser Vermögensstücke, sondern das Unternehmen selbst, und sonach auch das darin Verwendete mit dem vollen Wert, den es hatte als Mittel zu seiner Durchführung und Verwertung[18]. Ein Streit über die Höhe der darnach geschuldeten Entschädigungssumme wird wieder — mangels besonderer Ordnungen — den Civilgerichten zuzuweisen sein.

§ 51.

Öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung: Rechte des Benutzenden.

Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sachlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Subjektes der öffentlichen Verwaltung einem bestimmten öffentlichen Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind[1].

Sie kann den Gemeinzustand unmittelbar fördern, indem sie öffentliche Sicherheit und Ordnung gewährleistet, wie die Feuerlöschanstalten und die grofsartigste Anstalt des Staates, das Heer, oder allgemeinen Kulturaufgaben dient, wie eine Sternwarte, eine Akademie.

---

hauptung von G. Meyer, dafs es sich um eine Enteignung handle, hält er (Denkschrift S. 7) entgegen, dafs die Enteignung nur auf Gesetz beruhe, niemals vorbehalten werden könne. Das ist ja richtig; aber um öffentlichrechtlicher Art zu sein, braucht die vorbehaltene Entziehung des Bahnunternehmens durch einseitige obrigkeitliche Erklärung auch gar nicht unter die Formen des Rechtsinstituts der Enteignung zu fallen. Wir müssen uns bei Betrachtung solcher Erscheinungen viel freier bewegen.

[18] Der Unterschied der Entschädigungsbemessung ist in der vorerwähnten Konzession der hess. Ludwigsbahn sehr deutlich wiedergegeben. Die Verleihung ist auf 99 Jahre erteilt; für das alsdann eintretende Heimfallsrecht des Staates ist der Taxwert der Bahnanlage und der Betriebsmaterialien zu ersetzen (§ 15). Schon vorher kann das Rückkaufsrecht geltend gemacht werden; dann ist die Entschädigung nach dem Reinertrag der letzten fünf Betriebsjahre zu berechnen (Konz. v. 3. Jan. 1856 § 22).

[1] Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 212 und Note 2; v. Sarwey, Öff. R. und V.R.Pfl. S. 501 ff.; F. F. Mayer, V.R. S. 231 ff. Das Wort: öffentliches Unternehmen begreift auch Thätigkeiten, die mit einem einmaligen Erfolg abzuschliefsen bestimmt sind (oben S. 10 ff.). Unter öffentlicher Anstalt versteht man manchmal auch eine besondere Art von juristischen Personen; vgl. unten § 56.

Sie kann ihren öffentlichen Zweck auch dadurch erfüllen, dafs sie dem Publikum, den vielen Einzelnen jedem für sich, Vorteile gewährt und Dienste leistet, wie Schulen, Sparkassen, Krankenhäuser, Post, Eisenbahn. Diese letztere Art hat man vorzugsweise im Auge, wenn man von öffentlichen Anstalten spricht. Das Verhältnis, welches dabei entsteht, zwischen dem Herrn der Anstalt, der den Vorteil gewährt, und dem Einzelnen, der ihn empfängt, bezeichnen wir vom Standpunkte des Empfangenden aus als das der Anstaltsnutzung. Die rechtliche Ordnung dieses Verhältnisses ist hier in Frage.

I. Die Form, in welcher auf dem Boden der Privatwirtschaft derartige Leistungen dem Empfänger rechtlich vermittelt werden, ist der civilrechtliche Vertrag. Der Unternehmer bietet seine Leistungen aus und stellt die Bedingungen auf, unter welchen sie erfolgen sollen. Die Erklärung des Kunden erfolgt durch Inanspruchnahme der Leistung, die je nachdem nur gültig sein soll unter Vorleistung des Entgeltes. War das Anerbieten des Unternehmers als Vertragsofferte gemeint, so wird der Vertrag durch diese Erklärung fertig; war es nur eine Aufforderung zur Offerte, so entsteht der Vertrag durch die Annahme des Unternehmers, die aber gemeiniglich in Gestalt des Beginns der Leistung erfolgt. Was weiter von beiden Seiten geschieht, fällt unter die Gesichtspunkte der Vertragserfüllung.

Für die öffentliche Anstalt als eine Erscheinung der Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung ist diese civilrechtliche Ordnung nicht das Selbstverständliche. Sie hat ihren natürlichen Boden im öffentlichen Recht. Sofern sie auf diesem verbleibt, ist die Form des Vertrags zur rechtlichen Vermittlung der Anstaltsnutzung ausgeschlossen (Bd. I § 11 n. 3). Der Vertrag ist hier aber auch nicht notwendig, um den Unternehmer in Bewegung zu setzen. Die Leistungen der Anstalt geschehen im öffentlichen Interesse, das gerade dadurch befriedigt wird, dafs sie den vielen Einzelnen zu gute kommen. Sie erhält demgemäfs die ganze Ordnung, in der sie arbeitet, selbständig von innen heraus durch die Regeln, die der Unternehmer, der Staat, seiner Thätigkeit, der Thätigkeit seiner Anstaltsbeamten giebt. Dafs dadurch den Einzelnen die Anstaltsnutzung gesichert, dem Staate wiederum von diesen ein Entgelt verschafft wird, ist Nebenwirkung und äufserliche Zuthat.

Wir können den nämlichen Gegensatz beobachten an der richterlichen Thätigkeit, die dem Einzelnen in Civilsachen sein Recht verschaffen soll. Die Rechtsuchenden können, statt an die öffentlichen Gerichte sich zu wenden, einen Schiedsrichter wählen. Das ist

ein Privatunternehmer. Um seine Dienste zu gewinnen, muſs man ihn zuvor binden durch einen civilrechtlichen Vertrag. Aus diesem Vertrag ist er alsdann verpflichtet, die schiedsrichterliche Leistung zu machen. Es giebt eine Klage auf Erfüllung oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Im öffentlichen Gerichte dagegen ist der Unternehmer der Staat. Dieser hat seine Richter durch die Dienstpflicht gebunden, Klagen, welche den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen, anzunehmen und zu erledigen. Die Vorlegung der Klageschrift ist nur eine Aufforderung an die richterlichen Beamten, die ihnen vom Staate auferlegte Dienstpflicht zu erfüllen, und alles, was die Partei weiter thut, hat dieselbe Natur. Die Annahme der Klageschrift durch das Gericht ist kein Vertrag, und es entsteht dadurch kein vertragsmäſsiger Anspruch gegen den Staat auf Erledigung des Prozesses. Es giebt nur Rechtsmittel gemäſs der eigenen Ordnung der Rechtsschutzanstalt und Beschwerden gegen die Anstaltsbeamten, die Richter, beim Herrn der Anstalt, beim Staat, d. h. bei den von ihm bestellten Überwachungsbehörden.

Das Letztere ist die Form der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung. Beim Gericht freilich ist die ganze Thätigkeit durch gesetzliche Regeln auf das genaueste geordnet und eben deshalb gebunden auch gegenüber den Parteien, zu deren Gunsten das wirkt. Subjektive öffentliche Rechte der Einzelnen begleiten ihren Gang. Bei der öffentlichen Anstalt der Verwaltung dagegen greift Gesetz und Verordnung nur spärlich ein. Der Schwerpunkt der Ordnung, welche der Staat ihrer Thätigkeit giebt, liegt in Generalverfügungen, Dienstanweisungen für die Beamten und allgemeinen Verhaltungsregeln für die Benutzenden kraft Anstaltsgewalt (unten § 52, II). Wenn wir von Anstaltsordnung schlechthin sprechen, so meinen wir den Inbegriff dieser für jede Anstalt bestehenden Verwaltungsvorschriften.

Wenn das Privatunternehmen das Verhältnis beginnt mit der vertragsmäſsigen Schaffung von grundlegenden Rechten und Pflichten seines Kunden, woraus dann alles Weitere sich entwickelt, so arbeitet die öffentliche Anstalt nach eigener Ordnung für den ihrigen; einzelne Rechtsansprüche knüpfen sich möglicherweise an Anfang, Mitte oder Ende ihrer Thätigkeit, eingestreut, je nachdem besondere gesetzliche Bestimmungen dafür gegeben sind oder allgemeine Rechtsgrundsätze des öffentlichen oder Civilrechts unvorhergesehener Weise anwendbar werden[2]. —

---

[2] Es fehlt hier die einheitliche Zusammenfassung des Verhältnisses, wie Laband, St.R. II S. 249 (3. Aufl. S. 248), von den Anstalten zur Arbeiterversiche-

Die öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung ist für die öffentliche Anstalt die natürliche Form der Bestimmung des Verhältnisses zu den Nutzenden. Dieses Verhältnis kann aber auch geordnet werden in den Formen des Civilrechts durch Vertrag, Sachenmiete, Dienstmiete, Werkverdingung. Nach dem leitenden Grundsatze, der diese Ausscheidungsfrage beherrscht (Bd. I § 11, II), müfste das dann der Fall sein, wenn der Staat seine Anstalt privatwirtschaftlich betreibt und in gleicher Weise Nutzungen daraus gewährt, wie auch ein Privatunternehmer das thun würde. Dieser Grundsatz giebt freilich, wie wir wissen, die Abgrenzung nicht ohne weiteres durch eine einfache Subsumtion. Man hat das genauere Merkmal der Anwendbarkeit des Civilrechts darin finden wollen, dafs der Staat Gewinn aus der Anstalt zieht; die Spekulationsabsicht soll das Privatwirtschaftliche ausmachen. Daran ist etwas Wahres, aber das finanzielle Ergebnis beweist nicht, worin der Schwerpunkt liegt: die Staatseisenbahn bleibt civilrechtlich auch bei viel zu niedrigen Tarifen, Staatsschulanstalten dagegen arbeiten nach öffentlichem Recht, auch wenn sie einen Überschufs erzielen sollten. Ein anderer Formulierungsversuch geht dahin, das öffentliche Recht auf den Fall des Benutzungszwanges zu beschränken: das Irrenhaus, die Volksschule würden dann öffentlichrechtliche Leistungen bieten, das Gemeindespital, die Universität dagegen Vertragsleistungen. Das ist der polizeistaatliche Gedanke, wonach alles civilrechtlich ist, woran keine obrigkeitliche Befehlsgewalt zu Tage tritt. Für die heutige Auffassung aber offenbart sich ja das öffentliche Recht auch in weniger derben, feiner gegliederten Formen.

Das richtige Verfahren wird wieder das sein, dafs wir darauf verzichten, eine allgemein gültige Abgrenzungsformel durchführen zu wollen und einfach feststellen, wie die nach jenem leitenden Grundsatze zu machende Abgrenzung von der Wirklichkeit des Rechtes gemacht worden ist. Wir wissen, wie das Verhältnis sich darstellen mufs, wenn es civilrechtlich, und wie, wenn es öffentlichrechtlich geordnet ist; auf welche von beiden Arten alle Einzelheiten des Instituts, wie es in der Wirklichkeit gehandhabt wird, sich einfacher verstehen und erklären lassen, die ist die richtige[3].

---

rung sagt: „es handelt sich nicht um Leistung und Gegenleistung, wie bei den Obligationen des Privatrechts .... so wenig wie die Erteilung des öffentlichen Volksschulunterrichts und die Zahlung des Schulgeldes oder wie die Erteilung eines gerichtlichen Urteils und die Pflicht zur Tragung der Prozefskosten sich zu zweiseitigen obligatorischen Verhältnissen verbinden.“

[3] Die Ausdrücke Vertrag oder Regal oder Polizeianstalt, deren man sich

Da kann nun bezüglich einer ganzen Reihe von Anstaltsleistungen von vornherein kein Zweifel sein, dafs sie öffentlichrechtlich behandelt sind, die Anstaltsthätigkeit folglich nicht als eine privatwirtschaftliche anzusehen ist. Das sind namentlich solche, die im Zusammenhang stehen mit einem Gewalt- und Zuchtverhältnisse öffentlichrechtlicher Art, in welchem der Leistungsempfänger steht: die Verpflegung des Soldaten durch die Heeresanstalt[4], des Sträflings im Gefängnis, des Mittellosen im Armenhaus stehen aufser Streit bezüglich der ihnen gebührenden rechtlichen Beurteilung. Daran schliefsen sich alle öffentlichen Heil- und Verpflegungsanstalten überhaupt, deren Leistungen ja durchweg wesentlich von derselben Art und in derselben Weise geordnet sind, auch ohne jene persönliche Abhängigkeit des Empfangenden. Von öffentlichen Schulen gilt das Gleiche. Die Eigenart des öffentlichen Rechtes ist aber auch unverkennbar, wo die Anstalt, deren Nutzungen gewährt werden sollen, sich verkörpert in einer öffentlichen Sache; die Gebrauchserlaubnis daran, wie wir sie oben § 38 dargestellt haben, gewinnt hier in der Lehre von der öffentlichrechtlichen Gewährung von Anstaltsnutzungen ihren richtigen Zusammenhang. Prüfungskommissionen, Eichungsämter, staatliche Beurkundungsanstalten aller Art sind schon durch die obrigkeitliche Natur ihrer Leistung diesem Kreise unverkennbar zugewiesen.

Andere Anstalten zeigen dagegen in dem Zwecke, dem sie dienen, und in der Art, wie sie ihn verfolgen, von vornherein eine grofse Ähnlichkeit mit Unternehmungen gewerblicher Art, welche daneben von Privaten betrieben werden. Da mufs man dann schon genauer zusehen, wie sie behandelt sind. Die Scheidung, die wir dabei vornehmen, scheint oft ganz willkürlich zu sein. Das städtische Schlachthaus z. B. wird öffentlichrechtlich betrieben, wie der Marktplatz und die städtische Markthalle; es schliefst keine Mietverträge mit seinen Kunden; die städtische Gasanstalt dagegen

---

wohl zur Bezeichnung des Verhältnisses bedient, sind dem gegenüber nicht entscheidend. Auch wenn das Gesetz sie gebraucht, bekundet das möglicherweise blofs, bei welchem Universitätslehrer der Rat, der den Text entwarf, seiner Zeit Staatsrecht gehört hat. Deshalb ist es unrichtig, wenn Tinsch, Die Postanweisung S. 4, Schotts Bemängelung der Vertragsnatur der Briefbeförderungsübernahme durch das Wort „Vertrag“ in Postges. § 50 genügend widerlegt glaubt. Andererseits ist uns aber auch noch nicht gedient, wenn man das wie Zorn, St.R. II S. 27, für „eine Obligation des öffentlichen Rechts“ erklärt; wir verlangen erst zu sehen, worin das Öffentlichrechtliche dieser Obligation zum Ausdruck kommt.

[4] Vgl. oben § 46 Note 12.

verkauft ihr Gas, die Wasserleitung ihr Wasser[5]. Museen, Gemäldegalerien, Bibliotheken gewähren öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung, auch wenn sie Gebühren erheben; das städtische Theater vergiebt seine Plätze nach Civilrecht. Öffentliche Depositenkassen, möglicherweise auch Sparkassen und Leihhäuser, werden öffentlichrechtlich benutzt[6]; die Reichsbank betreibt Handelsgeschäfte. Von den öffentlichen Verkehrsanstalten sind Post, Telegraph und Telephon in ihren Beziehungen zum Publikum öffentlichrechtlich geordnet; die Staatseisenbahnen und Staatsdampfschiffunternehmungen schliefsen Personentransport- und Frachtverträge.

Warum das eine so, das andere so behandelt wird, das läfst sich meist aus geschichtlichen Hergängen erklären. Die Eisenbahnen hat der Staat den Aktiengesellschaften nachgeahmt oder von ihnen übernommen; ebenso sind gemeindliche Gasanstalten und Wasserleitungsunternehmungen von Privatgesellschaften vorgebildet worden. Post und Telegraph sind von Haus aus als Unternehmungen der öffentlichen Verwaltung behandelt worden. Die Art, wie sich die Anschauung bezüglich jeder Anstalt gebildet und festgelegt hat, läfst sich fast überall in dieser Weise verfolgen.

---

[5] Auch hier ist es möglich, statt eines Kaufvertrags ein öffentlichrechtliches Nutzungsverhältnis anzunehmen. Der Gegensatz ist recht gut durchgeführt in Bl. f. adm. Pr. 1880 S. 321 ff.: Das von einer Aktiengesellschaft betriebene Wasserwerk zu Regensburg wurde 1879 von der Gemeinde übernommen. „Mit der Übernahme des Wasserwerks als Gemeindeanstalt ist das ganze Rechtsverhältnis aus dem Privatrecht herausgenommen und dem öffentlichen Rechte eingefügt worden.“ Daher Recht aller Gemeindeglieder auf Zulassung zur Benützung, kein Gewerbebetrieb, keine Gewerbesteuer, Wasserzins ist öffentliche Abgabe, nicht Entgelt aus Vertrag, Ortsstatut regelt die Benutzung u. s. w.

[6] Was Depositenkassen und Sparkassen leisten, ist die Aufbewahrung und Verwaltung fremder Gelder. Bei den ersteren ist die öffentlichrechtliche Auffassung durch das Verhältnis zur Justiz ziemlich nahe gelegt. C.C.H. 10. Juni 1882 (J.M.Bl. 1882 S. 242) bemüht sich denn auch redlich, vom civilrechtlichen Hinterlegungsvertrag loszukommen. „Dieses Verhältnis ist einerseits aus den privatrechtlichen Sätzen ... nicht erschöpfend zu begründen und andererseits in seiner Wirksamkeit durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts modifiziert.“ Der Staat ist darin nicht gleichberechtigter Kontrahent, sondern übergeordneter Herr; daher „diese Verwaltung sich als Ausübung hoheitlicher Rechte des Staates darstellt“. Nur um den Anspruch auf Rückzahlung zu erklären, fällt man immer wieder unnötiger Weise in das civilrechtliche Vertragsverhältnis zurück (davon unten II n. 3). Ähnlich C.C.H. 11. Okt. 1884 (J.M.Bl. 1884 S. 248); R.G. 17. Mai 1884 (Samml. XI S. 319).

II. Was bei öffentlichrechtlich geordneter Anstaltsnutzung dem einzelnen Unterthanen zukommt, die Rechte des Benutzenden, wie wir es nennen mögen, scheidet sich nach drei Hauptstücken: die Zulassung zur Anstalt, die Anstaltsleistung selbst und Nebenansprüche aus dem Benutzungsverhältnis.

1. Die öffentliche Anstalt ist dazu bestimmt, in dauernder Weise und für eine unbegrenzte Reihe im voraus nicht bezeichneter Fälle den Unterthanen ihre Vorteile zu gewähren. Die Beziehung der Anstaltsleistung auf den Einzelfall wird hergestellt durch die Zulassung zur Anstalt. Sie ist ihrer rechtlichen Bedeutung nach die Anerkennung, dafs der Fall gegeben sei, wo die Anstalt bestimmungsgemäfs thätig zu werden hat. Diese Anerkennung kann durch einen besonderen Akt geschehen: so bei Aufnahme in eine Schule, Heil- oder Verpflegungsanstalt. Sie kann sich verbinden mit einem Akte, der die zu gewährende Nutzung zugleich genauer bestimmt: Platzanweisung des Marktaufsehers, des Schleusenwärters, der Kirchhofsverwaltung. Sie liegt möglicherweise in der thatsächlichen Einleitung der Anstaltsthätigkeit diesem Falle gegenüber: Annahme der Depesche, Abstempelung des Briefes, Überführung in den Krankensaal, Ausgabe des Bibliotheksbuches. Ein blofses Dulden und Nichtverhindern kann unter Umständen genügen: Gestattung des Eintrittes in ein Museum oder eine Gemäldegalerie.

Die Voraussetzungen der Zulassung bestimmt der Zweck der Anstalt. Durch die Anstaltsordnung werden sie näher bezeichnet. Es handelt sich um Eigenschaften der aufzunehmenden Personen, die gefordert werden, um die entsprechende Beschaffenheit der in den Betrieb der Anstalt aufzunehmenden Sachen und um die Form, in welcher ihre Thätigkeit in Anspruch genommen werden mufs: es kann ein Gesuch notwendig sein, oder ein thatsächliches Einbringen der Sachen genügen, oder auch die Anstalt berufen sein, ihre Leistungen entgegenzubringen. Die Beobachtung aller dieser Vorraussetzungen ist Dienstpflicht der Anstaltsbeamten; wo sie nicht gegeben sind, ist die Zulassung zu verweigern. Andererseits, wo sie gegeben sind, ist es ebenso Dienstpflicht, die Zulassung zu gewähren. Es liegt in Natur und Aufgabe der öffentlichen Anstalt, dafs sie in dieser Weise allgemein und gleichmäfsig zugänglich sei. Und daran wird man sich bei ihrer Ordnung thatsächlich halten. Dafs insbesondere den Betriebsbeamten bei gegebenen allgemeinen Voraussetzungen noch eine Auswahl und ein freies Ermessen bezüglich der Zulassung eingeräumt wird, kommt nur bei reinen Wohlthätigkeitsanstalten vor, und auch dann nur mit gewissen Beschränkungen und Mafsgaben.

Die Zulassung ist aber der Punkt, an welchem das Verhältnis der öffentlichen Anstalten zu den Einzelnen vorzugsweise Gegenstand rechtssatzmäfsiger Bestimmungen zu werden pflegt. Gesetz, Verordnung oder Statut stellen für wichtigere Anstalten die Voraussetzungen der Zulassung selbst auf in dem Sinn, dafs sie nicht versagt werden darf, wo diese Voraussetzungen gegeben sind. Oder das Gesetz verweist auf eine zu erlassende Anstaltsordnung, welche die Zulassungsbedingungen mit dieser Wirkung aufstellen soll. Das sind dann nicht selbst Rechtssätze, sondern immer nur Dienstvorschriften; aber die Behörde, welche sie erläfst, und auch eine etwaige vorgesetzte, kann sie für den Einzelfall nicht durchbrechen durch eine abweichende Anordnung, wie das ja sonst rechtlich zulässig wäre. Der Wille des Gesetzes bindet die Zulassung ausschliefslich an das durch die allgemeine Dienstvorschrift Bestimmte[7].

Im einen wie im anderen Falle besteht diese rechtliche Gebundenheit der Zulassung gegenüber „Jedem, den es angeht“. Bei wem die Voraussetzungen zutreffen, wonach die Zulassung zu gewähren ist, der hat ein subjektives öffentliches Recht darauf, und die Versagung ist eine Rechtsverletzung ihm gegenüber. Wie das zur Geltung gebracht wird, ist eine Frage der Ordnung des Rechtsschutzes. Mangels besonderer Bestimmungen ist der gewiesene Weg der der einfachen Beschwerde an eine vorgesetzte Behörde, um von ihr einen Abhülfe

[7] Schott in Endemann, Handbuch Bd. III S. 531 ff., knüpft an diese gesetzlichen Zulassungsordnungen einen bemerkenswerten Versuch, das Verhältnis von Post und Telegraph zu ihren Kunden aus der üblichen Vertragsform zu befreien, die er für unzureichend erkennt. Diese Anstalten leisten nach ihm lediglich zur Erfüllung einer gesetzlichen Obligation; die Aufgabe zur Post ist deshalb nicht Vertragsofferte, sondern eine Aufforderung an die Anstalt, ihrer gesetzlichen Beförderungspflicht Genüge zu leisten (S. 539). Das entspricht ungefähr dem Bild der Gewährung der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung, wie wir es oben in Anschlufs an den Typus der Civilrechtspflege aufgestellt haben. Verfehlt ist nur die steife juristische Form, die der Sache hier gegeben werden soll. An der gesetzlichen Zulassungspflicht kann die Eigentümlichkeit der öffentlichen Anstalt nicht hängen; eine solche besteht ja nicht bezüglich aller Leistungen der Post, und für die des Telegraphen überhaupt erst seit dem Gesetze von 1892. Schott macht allerdings den bedenklichen Versuch, Postordnung und Telegraphenordnung als gesetzvertretende Verordnungen wirken zu lassen (S. 533). Aber für andere Anstalten, Schulen z. B. und Krankenhäuser, findet man nicht einmal einen solchen Schein eines Gesetzes. Und doch mufs die Natur des Verhältnisses überall die gleiche sein. Zudem bedeuten auch die Gesetze, welche die „Annahme zur Beförderung“ vorschreiben, noch keine obligatio ex lege, zu leisten — wo bliebe der Anspruch auf Erfüllung mit seinen sonstigen Wirkungen? — sondern nur auf Zulassung behufs der Leistung, was doch etwas anderes ist.

schaffenden Dienstbefehl zu erwirken (Bd. I S. 150). Ganz der nämliche Weg würde auch offen stehen, wenn das Gesetz sich gar nicht drein gemengt hätte und alles schlechthin auf dem Zweck der Anstalt und der Anstaltsordnung beruhte. Der Unterschied liegt lediglich in der sachlichen Aufgabe des Bescheides: dort fragt es sich, inwieweit ein Interesse der Verwaltung besteht, für den Beschwerdeführer einzugreifen, hier ist schlechthin dem verletzten Rechte zur Anerkennung zu verhelfen und der Bescheid ist daran gebunden[8].

2. Die Zulassung eröffnet dem Einzelnen die Leistungen der Anstalt, aber sie bindet diese Leistungen nicht. Sie ist kein Vertrag, auch kein öffentlichrechtlicher, überhaupt kein Rechtsgeschäft, das ein Rechtsverhältnis begründet[9].

Die Wiederaufhebung der Zulassung, der Ausschlufs von der Anstaltsnutzung, geschieht nach denselben Regeln wie die Zulassung selbst. Regelmäfsig also schützt nur die Dienstpflicht vor Willkür;

[8] Eine Klage auf Schadensersatz gegen die öffentliche Anstalt wegen Nichterfüllung der rechtssatzmäfsigen Zulassungspflicht besteht nicht. So mit Recht für die Post Laband, St.R. II S. 84 (3. Aufl. S. 78); Tinsch, Die Postanweisung S. 22. Mittelstein, Beiträge S. 35 meint dagegen: „das Gesetz verpflichtet die Post zum Kontrahieren. Verletzt sie diese Pflicht, so macht sie sich schadensersatzpflichtig. Dies ist ein Rechtsprincip, welches für die gleichartige Verpflichtung der Eisenbahnen zum Abschlufs von Frachtverträgen ausdrücklich im Handelsgesetzbuch anerkannt ist.“ Wir fügen hinzu: Die Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit ist allgemeiner Rechtsgrundsatz des Civilrechts. Die Eisenbahn, die in ihrem ganzen Geschäftsbetrieb auf dem Boden des Civilrechts steht, würde also für Nichterfüllung der gesetzlichen Annahmepflicht schadensersatzpflichtig sein, auch wenn das Handelsgesetzbuch es nicht ausdrücklich sagte. Auch die Post müfste in dieser Weise haften, wenn sie civilrechtliche Beförderungsverträge abschlösse und dazu durch das Gesetz verpflichtet wäre. Nun aber schliefst sie keine Verträge, sondern steht auf öffentlichrechtlichem Boden; das Gesetz, welches ihr die Zulassung zur Beförderung gebietet, ist ein öffentlichrechtlicher Rechtssatz und die Pflicht, die daraus entsteht, eine öffentlichrechtliche. Öffentlichrechtliche Pflichten aber lösen sich, wie schon gesagt (oben S. 259), im Falle der Nichterfüllung nicht in Schadensersatzpflichten auf. Darin allein liegt die Lösung. Labands richtige Entscheidung läfst sich nur begründen von unserem Standpunkte aus, der ja nicht der seinige ist.

[9] Laband in Arch. f. öff. R. II S. 158 hat mich getadelt, dafs ich das Verhältnis der Post zum Absender als öffentlichrechtlichen Vertrag auffasse, während es ein civilrechtlicher sei. Die Sache ist aber noch schlimmer: ich stelle überhaupt jede Art von Rechtsgeschäft in Abrede, das die Leistungen der Post vermittelte; wie ich das übrigens auch schon in der von Laband angefochtenen Ausführung gethan hatte. Auch für Schott in Endemann, Handbuch III S. 531, sollte eigentlich ein Rechtsgeschäft nicht vorliegen; seine „Auftorderung zur Erfüllung der gesetzlichen Verbindlichkeit“ werden wir nicht als solches gelten lassen können.

wo die Voraussetzungen der Zulassung rechtssatzmäfsig geordnet sind, kann auch der Ausschlufs nicht erfolgen in Widerspruch damit, sonst wäre es wieder eine Rechtswidrigkeit gegenüber dem Betroffenen.

Was dem Zugelassenen und in der Anstaltsnutzung Verbleibenden wirklich geleistet wird, das ist im einen wie im anderen Falle lediglich bestimmt durch die innere Ordnung der Anstalt selbst, durch die Dienstpflicht der Beamten, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse überwacht wird von der vorgesetzten Behörde. Der Nutzende mag diese anrufen, damit sie zum Rechten sehe; das kommt dann auch ihm zu gute. Aber er hat kein eignes Recht gegen den Staat auf die richtige Durchführung der Leistung. Die civilrechtliche Klage auf Leistung ist selbstverständlich ausgeschlossen. Aber auch ein verwaltungsrechtliches Rechtsschutzmittel ist ihm nicht gegeben, das von dieser Grundlage aus die Erzwingung der Leistung bezweckte. Ausgeschlossen ist demgemäfs auch die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Bestünde eine Leistungspflicht der Anstalt, so könnte es nur eine öffentlichrechtliche sein, und öffentlichrechtliche Leistungspflichten lösen sich bekanntlich nicht auf im Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Nun aber besteht nicht einmal eine solche Pflicht. Die Schadensersatzansprüche, denen wir hier begegnen (unten n. 3), sind ganz anderer, selbständiger Natur.

Gerade an diesem Ausschlufs rechtsgeschäftlicher Haftung tritt der Gegensatz der öffentlichrechtlichen Anstaltsnutzung zum civilrechtlichen Nutzungsverhältnis, wie es durch Vertrag begründet werden kann, am schärfsten hervor[10]. Die Anstaltsordnungen, Reglements, Regulative, Statuten, mit welchen die öffentlichen Anstalten arbeiten,

[10] Die Erkenntnis, dafs eine Erfüllungspflicht und eine Schadensersatzpflicht wegen Nichterfüllung hier nicht besteht, hat bei Ludewig, Die Telegraphie S. 92 ff., zu einem merkwürdigen Erklärungsversuche geführt. Ohne Vertrag kann auch er nicht auskommen. Um aber die thatsächliche Wirkungslosigkeit dieses Vertrages zu rechtfertigen, giebt er ihm den Inhalt, dafs der Staat nicht selbst sich zur Leistung verpflichtet, sondern nur verspricht, dafs seine Beamten leisten. Dieser Pflicht genügt er aber, indem er sein Möglichstes thut, dafs die Beamten ihrer Schuldigkeit nachkommen, wie das ja in den bestehenden Einrichtungen aufs schönste geschehen ist. Geht es also einmal doch fehl, so kann er nichts dafür und haftet nicht. Das letztere ist wahr. Aber dazu sollen wir an einen so umständlichen Vertrag glauben? Ist es nicht viel ehrlicher zu sagen: es besteht keiner? Es giebt keine Klage auf Erteilung sachgemäfsen Unterrichts in der öffentlichen Schule, keine Klage auf richtige Verpflegung im öffentlichen Krankenhaus, keinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Unwissenheit des Schülers oder verzögerter Genesung, wegen Verspätung des Briefes und Nichtablieferung der Depesche. Wozu also all der Prunk mit den Verträgen, die da zu Grunde liegen sollen, wenn man doch nicht leugnen kann, dafs überall die Kraft und Spitze fehlt?

pflegen den Ausschlufs der Haftung ausdrücklich zu erwähnen. Es wäre aber falsch, das aufzufassen als Vertragsklauseln eines civilrechtlichen Rechtsgeschäftes. Auf diese Weise wäre der volle rechtliche Erfolg, der hier gemeint ist, niemals zu erreichen. Wir haben neben den öffentlichen Anstalten vielfach Privatunternehmungen, die ihnen äufserlich gleichen: Privatkrankenhaus, Privatschule, Privatpost. Die suchen dann wohl auch in den Beziehungen zu ihren Kunden jene möglichst nachzuahmen. Mögen sie aber noch so sorgfältig durch Klauseln und Vorbehalte alle rechtlichen Gebundenheiten ausschliefsen, die vertragsmäfsige Grundlage schlägt immer wieder durch. Der Unternehmer ist nicht imstande, sich unbedingt zu sichern gegen ein Einstehenmüssen für die Fehler seiner Leute oder für eigne Verabsäumung derjenigen Vorkehrungen und Einrichtungen, welche der Kunde billigerweise voraussetzen kann [11]. Geradeso müfste es unsern öffentlichen Anstalten ergehen, wären jene reglementarischen Bestimmungen nur befreiende Klauseln gegenüber den einzugehenden Vertragspflichten. Das Civilrecht würde sie niemals so unbedingt gelten lassen, wie sie lauten. Die Obrigkeit, die sie aufstellt, hat sie aber unbedingt gemeint. Ein mifstönender Widerspruch ist nur dann zu vermeiden, wenn man darauf verzichtet, das Verhältnis auf den Boden eines Vertrags zu stellen [12].

Dafür kann dem Einzelnen, der aus der Nichterfüllung der Anstaltsleistung Nachteil erleidet, ein Schadensersatzanspruch nach anderer Richtung hin erwachsen: der Anstaltsbeamte, der durch seine Dienstpflicht gehalten war, diese Leistung vorzunehmen, haftet ihm persönlich für die schuldhafte Verabsäumung dieser Pflicht und den daraus entstandenen Schaden. Diesen eigentümlichen Grundsatz der civilrechtlichen Haftung für Amtshandlungen haben wir bereits

---

[11] Zusammenstellung des geltenden Civilrechts in dem Gutachten von Dreyer zum 17. Deutschen Juristentag (Verhandl. Bd. I S. 65 ff.). Für die Schärfe, mit welcher der Unternehmer behandelt wird, zeugt insbesondere R.G. 23. Juni 1883 (Samml. X S. 166).

[12] Den Schriftstellern pflegt es nicht viel Bedenken zu machen, die Reglementsbestimmungen über die ausgeschlossene Haftung schlechthin für unwirksam zu erklären: Ludewig, Die Telegraphie S. 91; Meili, Telegraphenrecht S. 182 ff.; Derselbe, Haftpflicht der Postanstalten S. 58; Wolf in Ztschft. f. Ges. u. R.pfl. in Preufsen IV S. 146. Die Gerichte suchen um einen direkten Widerspruch möglichst herum zu kommen, schwierig genug vom civilrechtlichen Standpunkte aus; vgl. z. B. R.G. 17. Juni 1887 (Samml. 19 S. 101 ff.). Meili, Telegraphenrecht S. 196, beklagt es, dafs sie sich durch diese Reglements „imponieren" lassen. Die Gerichte folgen aber darin nur einem richtigen Gefühl für die Besonderheit des öffentlichen Rechts, auf dessen Gebiet sie sich unbewufst bewegen.

oben, Bd. I S. 231 ff., zur Darstellung gebracht. Die Voraussetzung dafür, dafs nämlich die dem Staate geschuldete Dienstpflicht zu Gunsten eines anderen Unterthanen zu erfüllen ist, ist gerade auf dem Gebiete der öffentlichen Anstalten in der umfassendsten Weise gegeben. Damit vervollständigt sich das Bild des Gegensatzes zwischen öffentlichrechtlicher Anstaltsnutzung und den civilrechtlichen Vertragsverhältnissen, die ihr äufserlich ähnlich sehen. Gebe ich einen Brief zur Privatpost, so schliefse ich einen Beförderungsvertrag mit dem Unternehmer des Instituts; wenn dessen Angestellter, der den Brief besorgen soll, dies unterläfst, so haftet mir niemand als der Unternehmer; er kann mich nicht an den Diener verweisen, und ich habe kein Recht, mich an den Diener zu halten, der mir gegenüber keine Pflicht übernommen und folglich auch keine verletzt hat. Wenn ich dagegen eine Drahtnachricht aufgegeben habe und der Telegraphenbeamte läfst sie nachher leichtfertigerweise liegen, so haftet mir nicht der Unternehmer, dessen Anstalt ich benütze, nicht der Staat; dafür haftet mir der Beamte[13]. Wenn man genauer zusieht, so ist wohl auch diese Haftung ein Ausflufs des Grundgedankens, der die Thätigkeit der öffentlichen Anstalt beherrscht: dafs sie ihre ganze Ordnung von innen heraus, dienstpflichtmäfsig erhält, dies aber dem Einzelnen zu gute kommt; das wirkt an diesem Punkte rechtlich.

3. Die öffentliche Anstalt geht ihren eignen Gang als grofse Maschine. Die Benutzenden, die mit ihren Interessen, mit ihrer Person, ihren Sachen hineingegeben sind, sind nur Objekte für sie ohne bestimmende Einwirkung. Erst aufserhalb dieses Kreises finden sie wieder Rechte, um Ansprüche zu erheben aus den gelegentlich der Anstaltsnutzung entstandenen Thatsachen. Es sind selbständige Regeln civilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur, die dafür wirksam werden. Die Anstaltsordnung dient dazu, sie zu beschränken durch die Anstaltsgewalt (unten § 52, I), oder vorzuschreiben, wie ihnen genügt werden soll. Besondere Rechtssätze geben ihnen in einem oder anderem Punkte genauere Bestimmung. Es sind Ansprüche auf Herausgabe und Ansprüche auf Entschädigung.

---

[13] Vgl. Bd. I § 17 Note 15. Das obige Beispiel von der verschleppten Depesche bringt Ludewig, Die Telegraphie S. 95. Laband, St.R. II S. 59 Note 1 (3. Aufl. S. 55 Note 3) und S. 84 (3. Aufl. S. 78), will nur im Falle der ungerechtfertigten Nichtzulassung von Postreisenden und Postsendungen den Beamten persönlich schadensersatzpflichtig machen. Wegen späterer Nichtdurchführung der Beförderung hätte man sich an die Anstalt selbst zu halten, der Beamte haftet nicht mehr. Warum soll aber das ganze Verhältnis in dieser Weise umschlagen? — Ausführlich Meili, Haftpflicht der Postanstalten S. 141 ff.

Ein Anspruch auf Herausgabe besteht wegen der Vermögenswerte, welche gelegentlich der Anstaltsnutzung in die Hände der Anstalt gelangt sind, um ihr nicht zu verbleiben. Die Ablieferung vollzieht sich in ihrem geordnetem Gang; wenn aber in der einen oder anderen Art die anstaltsmäfsige Thätigkeit zu Ende ist und nichts übrig bleibt, als die Thatsache der Innehabung eines solchen Wertes, der herauszugeben ist, dann stellt sich neben die dienstliche Pflicht der Anstaltsbeamten ein Rechtsanspruch dessen, dem er gehört. Der Anspruch ist ein civilrechtlicher und geht gegen den Herrn der Anstalt selbst, in dessen Namen die Anstalt betrieben und die Innehabung geübt wird. Handelt es sich um körperliche Sachen, so ist die rei vindicatio gegeben[14]; ist es eine Geldsumme, die auf solche Weise ohne Grund in den Händen der Anstalt verbleibt, so hat die Klage dessen, dem sie gehört, die Natur der condictio sine causa[15].

Andererseits können dem Nutzenden auch Entschädigungsansprüche gegen den Staat als dem Herrn der Anstalt zustehen wegen des Nachteils, der ihm bei der Anstaltsthätigkeit erwachsen ist. Die Rechtsgrundlage dafür liefern nicht die Grundsätze über kontraktliches Verschulden; denn ein vertragsartiges Rechtsverhältnis liegt nicht vor (oben n. 2). Ebensowenig die civilrechtlichen Grundsätze über die Haftung für rechtswidrige Handlungen seiner Beamten; denn

[14] Dafs die Post den Brief, das Spital die Kleider des entlassenen Kranken, das Leihhaus die versetzten Sachen herausgiebt, ist durch die eigne Ordnung der Anstalt bestimmt. Dafs ein Recht auf die Herausgabe besteht, gründet sich nicht auf diese, noch weniger auf einen Vertrag, sondern nur auf das Eigentum; die Anstaltsordnung beschränkt den Anspruch, soweit es im Interesse des Betriebs erforderlich erscheint. Beispiel: die Bestimmungen der Post-Ord. § 29 über die Zurückforderung von Postsendungen durch den Absender.

[15] Die öffentliche Depositenkasse verwaltet fremde Gelder und zahlt sie hinaus nach ihren eignen Ordnungen: nach diesen richtet sich auch, wann die Beamten zahlen sollen. Ein Recht des bezeichneten Empfängers entsteht daraus nicht. Wohl aber ist damit zugleich ausgesprochen, dafs die Anstaltsgewalt über diese Gelder nunmehr zu Ende ist; folglich ist das Geld (nebst dem etwa eingetretenen Zuwachs an Zinsen) jetzt sine causa bei der Anstalt und die civilrechtliche Klage begründet. Ähnlich steht es bei den Sparkassen, welche öffentlichrechtlich betrieben werden. — Bei der Post kommen Postanweisungen und Postaufträge zur Geldeinziehung hier in Betracht. Das Gesetz und die Anstaltsordnung (Postges. § 6, Post-Ord. § 19, IX) verheifsen eine „Garantie“ der Postverwaltung für die eingezahlten Beträge, also Rückerstattung derselben, wenn sie nicht bestimmungsgemäfs Verwendung fanden. Tinsch, Die Postanweisung S. 26, nennt das unrichtigerweise eine „Haftung der Postanstalt wegen Nichterfüllung“. Er giebt selbst zu, dafs diese Haftung nicht auf das Interesse geht, sondern nur auf das Empfangene, also die Bereicherung.

der Staat bewegt sich bei der Thätigkeit dieser öffentlichen Anstalt nicht von vornherein auf dem Boden des Civilrechts (Bd. I § 17, III)[16]. Es ist wieder allein die öffentlichrechtliche Entschädigung, die dabei zur Anwendung kommt. Die Anstaltsthätigkeit ist öffentliche Verwaltung; der Schade, der daraus entstand, ist ein besonderes Opfer, welches dem Einzelnen zugemutet wird; der Ausgleich findet statt ohne den Nachweis eines bestimmten Verschuldens, aber auch nur in der beschränkten Weise, in welcher öffentlichrechtliche Entschädigung überhaupt gewährt wird: nur für den Fall einer greifbaren Beschädigung von Sachen und Personen und nur in dem Mafse, der diesem unmittelbaren Schaden entspricht[17]. Die Anstaltsordnungen

[16] R.G. 17. Juni 1887 (Samml. 19 S. 101 ff.): Die Post hatte im Elsafs die Einholung eines Wechselacceptes übernommen, der Bote dieses gefälscht, und der Auftraggeber, der im Vertrauen darauf eine Zahlung gemacht hatte, klagt gegen den Postfiskus auf Schadensersatz. Nach Post-Ord. § 20 XII soll aus solchen Aufträgen nur gehaftet werden bei Verlust der Sendung. Das Gericht erkennt das als eine gültige „Vertragsbedingung“ an, verurteilt aber wegen aufserkontraktlicher Schadensersatzpflicht gemäfs art. 1384 c. c.: die Post haftet als Dienstherr für die Ersatzpflicht ihres Angestellten. Diese Entscheidung ist lebhaft angefochten worden: Schmidt in Gruchots Beitr. Bd. 33 S. 184 ff.; Mittelstein, Beiträge S. 37; Dambach, Ges. über d. Postwesen S. 96. Es wurde mit Recht hervorgehoben, dafs damit alle Sondergesetze und scheinbar anerkannten Reglements über die Haftung völlig vereitelt würden. Der Unterschied, dafs die Post nicht in eignem Namen, sondern nur als Garantien ihres Beamten haftet, wäre wahrlich solcher Kraftanstrengung nicht wert. Gleichwohl ist die Entscheidung von der Grundlage aus, auf welcher das Reichsgericht und alle seine Widersacher gemeinsam stehen, unanfechtbar. Das Verhältnis der Post zu ihren Kunden ist nach ihnen civilrechtlicher Natur; sie schliefst einen Vertrag; die reglementsmäfsige Vertragsklausel will aber blofs die Wirkung dieses Vertrags beschränken und die vertragsmäfsige Haftung ausschliefsen. Das sonstige Civilrecht, welches über dem ganzen Verhältnisse steht, bleibt davon unberührt. Es ist doch nicht gemeint: die Post soll auch nicht haften, falls sie aus einem andern Grunde als aus dem Vertrage haftbar gemacht werden könnte. Tritt also gemäfs den Sätzen des Civilrechts ein solcher anderer Grund ein, so wirkt er selbstverständlich. Das Ergebnis widerspricht dem gesunden Menschenverstande, aber es ist für die juristische Logik unvermeidlich. Was folgt daraus? Unseres Erachtens nichts anderes als, dafs das Reichsgericht die Annahme eines civilrechtlichen Vertragsverhältnisses ad absurdum geführt hat. Wenn aber die Post lediglich öffentlichrechtliche Anstaltsnutzung gewährt, kommt mit dem ganzen Civilrecht auch art. 1384 c. c. von selbst aufser Anwendbarkeit, und die Sache ist in Ordnung.

[17] Nur eine Bestätigung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes ist es, wenn nach Postges. § 6 die Vergütung sich auf den „unmittelbaren“ Schaden beschränkt (Dambach, Postges. S. 97), und Briefe, die ja in sich wertlos sind, ganz aufser Ansatz bleiben. Ganz in demselben Sinn die soeben erwähnte Bestimmung Post-Ord. § 20 XII. Bei Geldgeschäften der Post (Postauftrag, Postanweisung) ist eine unmittelbare Schädigung nicht möglich; daher hier nur die Rückerstattung in

pflegen die Vergütungen in diesem Sinne genauer zu ordnen. Sie haben nur die Bedeutung von Regelungen der dienstpflichtmäfsigen Anwendung des Rechtsgrundsatzes. Zugleich können sie wirksam werden als Anerkennungen des diesem entsprechenden Mafses von Entschädigung, die im voraus und allgemein abgegeben werden; dadurch vereinfacht sich die Geltendmachung des Anspruchs; der Geschädigte kann die ihm nach allgemeinem Rechtsgrundsatze zustehende Entschädigung ohne weiteres in dieser Höhe beanspruchen. Der Nachweis, dafs im gegebenen Falle die Entschädigung nach jenen Grundsätzen höher zu bemessen sei, wäre dadurch nicht ausgeschlossen. Denn eine selbständig ordnende Kraft haben derartige Regelungen nicht[18]. Soll die Entschädigung nach Gegenstand und Mafs durch solche Regeln selbständig bestimmt werden gegenüber dem, was nach allgemeinen Grundsätzen geschuldet wäre, und bindend auch für den Geschädigten, so bedarf es einer gesetzlichen Grundlage, die denn auch mehrfach hier gegeben ist[19].

Betracht kommt (oben Note 15). Auch die Telegraphenanstalt bewahrt kein Wertobjekt ihres Kunden, an welchem eine unmittelbare Schädigung verübt werden könnte; daher Tel.Ord. § 23 I. Die etwaige Rückerstattung der Gebühr fällt unter andere Gesichtspunkte (unten S. 345). — Interessenschädigungen entfernterer Art sind in allen diesen Fällen in grofsem Mafse möglich; aber die sind eben durch das Rechtsinstitut der öffentlichrechtlichen Entschädigung nicht gedeckt (unten § 53, II n. 2).

[18] Will man ihnen eine weitergehende Bedeutung öffentlichrechtlicher Art beilegen, so müfste man sie etwa als Generalverfügungen auffassen, welche für den Nutzenden ergehen; unten § 52, III n. 1. Es wird aber thatsächlich nicht nötig sein, um die Wirklichkeit zu erklären; die herrschende Meinung hält nur deshalb an ihren Verträgen und Vertragsklauseln, weil sie sonst eine Entschädigungspflicht oft überhaupt nicht zu begründen wüfste.

[19] So Postges. § 66 ff. Die Post-Ord. § 22 ff. stellt Normalsätze auf, die z. B. für verlorene Postauftragsbriefe zu vergüten sind. Sie sind dermafsen bindend, dafs auf den wirklichen Schaden nicht zurückgegriffen werden kann. Aber dies nicht durch die Kraft der Post-Ord., sondern durch die Kraft des Postges., welches in § 50 auf jene verweist. Wenn es ausspricht, dafs ihre Vorschriften „gelten als Bestandteil des Vertrages zwischen der Postanstalt und dem Absender", so entspricht das der herrschenden juristischen Formulierung des Verhältnisses, enthält aber jedenfalls den genügenden Ausdruck des gesetzlichen Willens, dafs das Rechtsverhältnis in diesem Sinne geordnet sein soll. Der Anspruch auf den postordnungsmäfsigen Entschädigungssatz tritt danach an die Stelle des aus den allgemeinen Grundsätzen der öffentlichrechtlichen Entschädigung sich ergebenden. Jedenfalls ist mit dem Vertrag hier wieder gar nichts zu machen; auch für die von den Handlungsunfähigen aufgegebenen Sachen gelten diese besonderen Entschädigungssätze.

§ 52.

Fortsetzung; Gegenrechte der öffentlichen Anstalt.

Die öffentliche Anstalt erfüllt ihren Zweck, indem sie den vielen Einzelnen ihre Nutzungen gewährt. Die rechtliche Sicherung, welche deren Interessen dabei zuteil wird, haben wir unter dem Namen: Rechte der Benutzenden zusammengefafst. Die Gegenrechte der Anstalt, die dem entsprechen, stellen sich dar in Benutzungszwang, Anstaltsgewalt und Gebühr.

I. Die Wirksamkeit der einmal eingerichteten öffentlichen Anstalt kann dadurch gesichert werden, dafs den Einzelnen gegenüber eine rechtliche Nötigung geübt wird zur Benutzung: der Benutzungszwang als Gegenstück zur Annahmepflicht (oben § 51, II n. 1). Die Nötigung geschieht durch rechtssatzmäfsige Befehle, deren Nichtbefolgung mit Strafe bedroht ist und auch zu sonstigen Zwangsmitteln führen kann[1]. Solcher Befehl erscheint aber in zweierlei Gestalt.

Er geht entweder als Gebot geraden Wegs auf Benutzung der Anstalt, so dafs die Pflicht dazu entsteht mit dem Eintritt gewisser Thatsachen; so der Schulzwang, der Impfzwang. Es kommt hier darauf an, die durch die Anstalt, die öffentliche Schule, den amtlichen Impfarzt, zu erzielende Wirkung herbeizuführen. Dem entspricht es, dafs die Möglichkeit einer Entbindung von dem Gebote vorgesehen ist für den Fall, dafs die Erzielung dieses Erfolges in anderer Weise gesichert erscheint.

Es kann aber auch dem Einzelnen freigestellt bleiben, ob er eine gewisse Handlung vornehmen will oder nicht; nur, wenn er das will, darf es nicht anders geschehen als unter Benutzung der öffentlichen Anstalt. Der Befehl hat dann die Gestalt eines Verbotes; so der Schlachthauszwang, der Postzwang. Der Zweck ist hier: die Thätigkeit zur Befriedigung solcher Bedürfnisse auf die öffentliche Anstalt ausschliefslich zu vereinigen. Dem entspricht es, dafs zugleich jedem Andern verboten wird, die gleichen Leistungen seinerseits zu gewähren und dadurch der öffentlichen Anstalt Konkurrenz zu machen. So das Postregal und das Verbot von Privatschlachtanstalten. Das Letztere, das Konkurrenzverbot, kann auch für sich allein stehen; das wirkt dann mittelbar als Nötigung zur Benutzung der öffentlichen Anstalt, weil man die gleiche Leistung nirgends sonst erhalten kann.

[1] Statt Befehl und Strafandrohung auf den Ungehorsam kann auch die Form der unmittelbaren Verpönung gewählt sein (Bd. I S. 310). Für unsere gegenwärtigen Erörterungen macht das keinen Unterschied.

Ein Beispiel bietet das Ausschlufsrecht der öffentlichen Telegraphenanstalt[2]. —

Alle diese Befehle bedürfen der gesetzlichen Grundlage. Dabei wird ein Unterschied bedeutsam: wenn es sich darum handelt, durch die Nötigung zur Benutzung der Anstalt einer polizeiwidrigen Schädlichkeit entgegenzutreten, ist die erforderliche Grundlage möglicherweise schon gegeben in den bestehenden allgemeinen polizeilichen Ermächtigungen. Impfzwang z. B., Schlachthauszwang und Ausschlufs von Privatschlachtanstalten haben die Natur solcher polizeilicher Befehle (Bd. I § 20); diese Mafsregeln wären deshalb durchführbar ohne besonderes Gesetz. Anders wenn die Benutzung der Anstalt nur durchgesetzt werden soll in Verfolgung allgemeiner Kulturzwecke oder gar im Finanzinteresse des Staates: für Schulzwang, Postzwang, Post- und Telegraphenregal ist ein Sondergesetz unentbehrlich.

Strafe und Zwangsvollstreckung schliefsen sich im ersteren Falle ohne weiteres den Formen des Polizeirechts an. Im letzteren Falle erscheinen sie in freierer Nachbildung mit Übergängen zu den Formen der Finanzgewalt[3].

II. In der Thätigkeit der öffentlichen Anstalt erscheint die öffentliche Verwaltung. Was störend in ihren geordneten Gang hineingreift, wirft sie obrigkeitlicherweise beiseite als eine Störung der guten

[2] Dafs es sich hier um verschiedenartige Befehle handelt, wird nicht immer beachtet; so bezüglich des Postrechtes: Mittelstein, Beiträge S. 19 ff.; Sydow in Wörterbuch II S. 289 ff.; vgl. auch Laband, St.R. II S. 83 Anm. 2 (3. Aufl. S. 77 Anm. 1); dazu Dambach, Postges. S. 11. Dementsprechend laufen auch die Ausdrücke Postzwang, Postregal, Postmonopol ziemlich durcheinander. — Wir verstehen unter Postzwang den Zwang, der zu Gunsten der Post geübt wird gegen das benutzende Publikum, entsprechend dem Schlachthauszwang, Schulzwang, Impfzwang. Das Verbot, Konkurrenz zu machen, trifft eine andere Gruppe von Personen und andere Handlungen. Man mag es als Postregal bezeichnen. Unter Regalien verstehen wir heute Ausschlufsrechte zu Gunsten eines öffentlichen Unternehmens: es giebt Telegraphenregal, Münzregal, Strafsenregal, Eisenbahnregal; es giebt aber keinen Telegraphenzwang, Eisenbahnzwang u. s. w. Ganz verkehrt ist der Ausdruck Postmonopol; das Monopol ist auch ein Ausschlufsrecht, aber zu Gunsten eines einseitigen Finanzinteresses für privatwirtschaftliche Unternehmungen: Tabakmonopol, Salzmonopol, Branntweinmonopol. — Im wesentlichen übereinstimmend: Maas in Arch. f. öff. R. VII S. 483 ff; G. Meyer, V.R. I S. 575.

[3] Der Schlachthauszwang folgt darin den Regeln des Polizeistrafrechts (Bd. I § 22), der Postzwang denen des Finanzstrafrechts (Bd. I § 31). Der Schulzwang hat am meisten eigenartige Formen entwickelt; Schneider und Bremen, Volksschule im Preufs. R. III S. 37.

Ordnung des Gemeinwesens, gemäfs den oben Bd. I S. 348 dargestellten Regeln des unmittelbaren Polizeizwangs.

Dieselbe obrigkeitliche Natur der öffentlichen Anstalt äufsert sich aber noch weiter in einer mannigfaltig ausgeprägten, wohlgeordneten rechtlichen Macht, die für sie ausgeübt wird über alles Fremde, das gelegentlich der Nutzungsgewährung aufgenommen wird in ihren Betrieb. Diese Macht nennen wir die Anstaltsgewalt. Man spricht von einer Polizei der öffentlichen Anstalt, wo diese einen mehr oder weniger freien Zutritt in raschem Wechsel gewährt, eine Art Verkehr gestattet: so bei Marktplätzen, Markthallen, Schlachthäusern, Museen, äufseren Postlokalen; auch die Gerichtssäle gehören hierher. Anstaltsdisciplin heifst die Gewalt, wenn die Anstalt einen Kreis von benutzenden Personen in mehr dauernder Weise vereinigt: Krankenanstalten, Armenhäuser, Schulen. Das sind nur Anwendungsfälle des allgemeineren Begriffes; daneben stehen solche, die durch keinen eignen Namen ausgezeichnet sind.

Die Anstaltsgewalt kann auf eine besondere Rechtsgrundlage gestellt sein, in der sie das Mafs ihrer Ermächtigungen bestimmt findet. Bei Anstalten, die nur dazu da sind, einer umfassenderen Gewaltübung über den darin Aufgenommenen zu dienen, verschwindet sie hinter dieser (Gefängnisanstalten, militärische Verpflegungsanstalten). Bei Anstalten, welche sich auf öffentlichen Sachen bewegen (Marktplätze), greifen die Formen der Polizei der öffentlichen Sachen Platz. Bei Anstalten mit Benutzungsgebot (Impfung, Schlachthäuser, Volksschulen) mag der Rechtssatz, welcher den Eintritt in die Benutzung erzwingt, auch für die gehörige Durchführung Mafsregeln im Einzelnen vorsehen, und auch aufserdem kann das Gesetz überall durch Strafbestimmungen, Zulassung von Ordnungsstrafen und dergleichen die Anstaltsgewalt verschärfen oder näher bestimmen.

Hinter all dem aber steht das gemeine Recht der Anstaltsgewalt, wie sie aus dem Wesen der öffentlichen Anstalt von selbst sich ergiebt, ohne gesetzliche Grundlage. Die Thatsache, dafs sie in dieser Weise vorhanden ist und geübt wird, haben wir vor Augen. Wir müssen uns nur Rechenschaft darüber geben, wie sich das einfügt in den Kreis unserer Rechtsinstitute.

Die Erklärung liegt darin, dafs hier ein besonderes Gewaltverhältnis begründet ist[4]. Damit steht es folgendermafsen.

---

[4] Vgl. darüber Bd. I § 9 Note 13, § 30, II n. 3, und oben § 45, I. Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 207, zählt unter den Gewaltverhältnissen, die er dem Staatsdienstverhältnisse zur Seite stellt, auch diejenigen auf, welche begründet werden

Wer in den Betrieb der öffentlichen Anstalt, in Schule, Krankenhaus, Postwagen, Schlachthaus u. s. w. eintritt, verliert, so lange er sich darin befindet, von selbst einen entsprechenden Teil seiner persönlichen Freiheit. Er mufs sich fügen in den geordneten Gang derselben, nicht wegen einer vertragsmäfsigen Pflicht, die er zu diesem Ende übernommen hätte, sondern weil die Lebensthätigkeit der Anstalt, die ihn umgiebt, das rechtlich Stärkere ist. Er mufs sich fügen mit seiner Person; die Gewaltanwendung der Anstaltsbediensteten steht überall dahinter, um jede willkürliche Bewegung zu unterdrücken. Es ist das Hausrecht der Anstalt, unter dem er sich befindet. In der gleichen Weise beschränkt sich das Eigentum an den Sachen, die in solchen Anstaltsbetrieb gegeben sind. Es kann nicht geltend gemacht werden, um diesen zu stören; die Poststücke gehen ihren Weg, die Kleider des Kranken, die Versatzstücke im Leihhaus folgen der anstaltlichen Behandlung, ob der Eigentümer will oder nicht; erst wenn die anstaltliche Thätigkeit ordnungsmäfsig zu Ende ist, wird sein Recht wieder frei. Der verfassungsmäfsige Vorbehalt des Gesetzes zum Schutz von Freiheit und Eigentum weicht zurück, soweit dieses Hausrecht der öffentlichen Anstalt reicht.

Daraus ergiebt sich von selbst, dafs ebensoweit über den Einzelnen, der in dieser Lage sich befindet, auch bindende Anordnungen ergehen können, die seine Freiheit und sein Eigentum berühren. Denn bindend für ihn ist die obrigkeitliche Willensäufserung von Natur; aufserhalb solcher besonderen Verhältnisse, welche die Freiheit zurückdrängen, setzt nur der verfassungsmäfsige Vorbehalt der vollziehenden Gewalt an dieser eine Grenze; sobald die, wie hier, wegfällt, werden ihre Anordnungen von selbst frei und wirksam, ohne Gesetz.

1. Die Grundlage des Gewaltverhältnisses bildet hier der thatsächliche Eintritt in den Betrieb der öffentlichen Anstalt. Das giebt einen Gegensatz zu dem Gewaltverhältnis der öffentlichen Dienstpflicht (oben § 45), welches nur begründet wird durch Rechtsakte, sei es einseitige Auferlegung der Dienstpflicht, sei es Ernennung oder Anstellung auf Unterwerfung. Dafür ist die Verwandtschaft unverkennbar mit gewissen Gewaltverhältnissen der besonderen Überwachung im Finanzrecht, mit denjenigen nämlich, wo das Gewaltverhältnis sich begründet durch den Eintritt in den thatsächlichen Machtkreis der

---

durch den „Eintritt in eine höhere Lehranstalt“ und ebenso durch den „Eintritt in eine öffentliche Heilanstalt (Spital, Gebärhaus), der oft mit weitgehenden Beschränkungen der persönlichen Freiheit verbunden ist“. Das sind natürlich nur zusammenhangslose Beispiele.

Finanzgewalt (Bd. I § 30 S. 441). Wie dort von dem Gewaltverhältnis nicht blofs erfafst wird der Inhaber der besonderen Zollerleichterung und seine Leute, sondern jeder, der den dafür vorbehaltenen Raum betritt, so hier nicht blofs derjenige, der die Benutzung der öffentlichen Anstalt in Anspruch genommen hat, sondern auch jeder Dritte, der im Zusammenhange damit in die Anstalt gerät, der Besucher des Kranken z. B. Auf einen Willensakt der Unterwerfung ist die Wirksamkeit der Anstaltsgewalt nicht zurückzuführen. Denn sie erfafst mit voller Kraft auch den Geisteskranken, der in die Irrenanstalt sich begiebt, und das Poststück, das ein Kind aufgegeben hat. Von einem Vertrag ist schon gar keine Rede[5].

2. Vermöge dieses Gewaltverhältnisses können den darin Begriffenen nur solche Lasten und Beschränkungen auferlegt werden, welche den Zweck haben, sie mit ihrer Person und ihren Sachen, soweit sie damit in die Anstalt eingetreten sind, dem Interesse des guten Ganges dieser Anstalt anzupassen und fügsam zu machen. Dem Inhalte nach sind diese Anordnungen zum Teil Befehle, sofern sie ein bestimmtes persönliches Verhalten vorschreiben; zum Teil legen sie nur ein Dulden auf durch Entziehung von Vorteilen und Zufügung von Übeln als Strafe und Zuchtmittel; zum Teil bestimmen sie Eingriffe in das Eigentum der eingebrachten Sachen, die vorenthalten, vernichtet, veräufsert werden sollen[6].

---

[5] Über den Gegensatz zur Gebührenpflicht vgl. unten III n. 1. — Nach Postges. § 50 Ziff. 10 soll die Post-Ord. auch enthalten: „Anordnungen zur Aufrechterhaltung der Ordnung, der Sicherheit und des Anstandes auf den Posten, in den Postlokalen und Passagierstuben.“ Laband, St.R. II S. 87 Note 3 (3. Aufl. S. 81 Note 2), bemerkt mit Recht, dafs das mit dem Posttransportvertrage nichts zu thun habe. Jedenfalls werden davon auch Leute getroffen, die noch keinen solchen „Vertrag“ geschlossen haben, oder überhaupt keinen beabsichtigen. Wie kommen also diese Bestimmungen der Post-Ord. zur Wirkung? Nach Dambach, Postges. S. 208, wären sie „wirkliche Rechtsnormen“, im Gegensatz zu den übrigen Stücken der Post-Ord., welche nur „Vertragsbestimmungen, nicht aber Gesetz“ sind. Die Ernennung zur wirklichen Rechtsnorm soll offenbar nur aushelfen statt der Krücke des Vertrags, die man hier vermifst. Es wird aber ja die ganze Post-Ord. nur als Verwaltungsvorschrift und nicht in den Formen reichsrechtlicher Rechtssätze veröffentlicht: Mittelstein, Beiträge S. 1; G. Meyer, V.R. I S. 573; Sydow in Post-Arch. 1891 S. 520. — Nach unserer Auffassung wirkt die Post-Ord. auch in diesem Punkte kraft des Gewaltverhältnisses, das durch den Eintritt in die Anstaltsräume begründet ist; die betreffenden Bestimmungen könnten ebensowohl erlassen werden ohne gesetzliche Grundlage und werden für die meisten Anstalten so erlassen. Über die wirkliche Bedeutung des Gesetzes vgl. unten Note 7.

[6] Beispiele in Post-Ord. § 31, § 40, § 57.

Solche Anordnungen können im Einzelfall ergehen; es entspricht dem, was wir auch sonst in Gewaltverhältnissen gefunden haben (oben § 45 Note 3), dafs sie bindend erlassen werden auch von einfachen Anstaltsbeamten ohne behördliche Stellung: von Aufsehern, Schleusenwärtern, Ärzten, Lehrern. Erforderlich ist nur, dafs der anordnende Beamte durch seinen Dienstauftrag zu solchen Anordnungen berufen sei. Sie können aber auch, wiederum nach den für Gewaltverhältnisse auch sonst geltenden Regeln, erlassen werden allgemein für alle, die in das Gewaltverhältnis treten, durch Generalverfügung; diese pflegt aber den eigentlichen Behörden, die an der Spitze der Anstalt stehen, vorbehalten zu sein[7].

3. Generalverfügungen dieser Art bilden einen hervorragenden Bestandteil der für die verschiedenen Anstalten aufgestellten allgemeinen Bestimmungen für den Betrieb, der Anstaltsordnungen, auch Hausordnungen, Regulative, Reglements, Statuten genannt. Diese Anstaltsordnungen enthalten bindende Regeln, aber keine Rechtssätze; sie sind nichts anderes als die verbundene Geltendmachung von zweierlei Gewaltverhältnissen durch darauf gegründete Generalverfügungen.

Die Anstaltsordnungen geben Dienstvorschriften für das Personal, bindend für dieses kraft der Dienstgewalt. Soweit das Vorgeschriebene darauf hinausläuft, dafs etwas geschehe an den in die Anstalt aufgenommenen fremden Personen oder Sachen, um die für die Anstalt erforderliche Ordnung durchzuführen, ist das zugleich rechtlich bindend für die der Anstaltsgewalt Unterworfenen, so dafs sie sich gefallen lassen müssen, so behandelt zu werden[8].

---

[7] Wenn eine Generalverfügung dieser Art ergangen ist, so bedeutet das, dafs sie der Materie sich bemächtigt und den Gegenstand ausschliefslich ordnet; dem Ermessen der ausführenden unteren Beamten bleibt dann von der Ausübung der Anstaltsgewalt in diesem Punkte nur so viel übrig, als sie dafür offen gelassen hat. Wenn das Gesetz (Beispiel: Postges. § 50) vorschreibt, dafs solche Ordnungen bezüglich bestimmter Punkte erlassen werden sollen, so bedeutet das eine Verpflichtung für die Behörden dazu und die Unzulässigkeit von selbständigen Einzelmafsregeln dieser Art; möglicherweise verbindet sich damit auch eine genauere Bestimmung des Umfanges der Anstaltsgewalt. Die eigentliche Rechtsgrundlage der Mafsregel liegt immer in dieser.

[8] Eine wichtige Anwendung haben diese Grundsätze in der Schuldisciplin gefunden. In der Anstaltsgewalt der Schule ist ein Züchtigungsrecht enthalten; denn die Schule übt bestimmungsgemäfs Erziehung, und zu dieser gehört die Züchtigung. Die Schulregulative, die in erster Linie Dienstvorschriften für den Lehrer sind, bestimmen dafür Voraussetzungen und Mafs. Der Lehrer, der darüber hinausgeht, handelt rechtswidrig auch gegenüber dem Schulbesucher: die Regulative setzen zugleich für diesen fest, was er vermöge der Anstalts-

Umgekehrt enthalten die Anstaltsordnungen wieder Vorschriften, die sich in erster Linie an die Kunden der Anstalt wenden, um ihnen zu befehlen, wie sie sich darin verhalten, was sie mitbringen, wie sie die darin verbrachten Sachen herrichten und verpacken müssen; das bindet mit der Anstaltsgewalt. Soweit es sich aber darum handelt, das zu überwachen und nötigenfalls zu erzwingen oder sonst Folgerungen thatsächlich geltend zu machen im Interesse der Anstalt, wirkt das alles zugleich als Dienstvorschrift für die Anstaltsbeamten.

Ihrer Doppelnatur entsprechend werden die Anstaltsordnungen nicht blofs den Anstaltsbeamten in der dafür vorgeschriebenen Weise kundgegeben, sondern auch jedem nahegebracht, der vermöge der Anstaltsgewalt davon betroffen werden kann; dazu dienen Anschläge an geeigneten Plätzen der Anstaltsgebäude, Veröffentlichungen in Zeitungen, besondere Mitteilungen gelegentlich des Eintritts in die Anstalt u. dgl.

III. Die Anstaltsleistungen geschehen nur zum kleineren Teile als reine Wohlthätigkeit oder so überwiegend im öffentlichen Interesse, dafs eine ausgleichende Gegenleistung des damit Bedachten daneben nicht angemessen erscheint. Das Regelmäfsige ist, dafs mit der Anstaltsnutzung eine Gebührenpflicht sich verbindet[9].

1. Entsprechend dem Massenbetrieb in gleichartigen Leistungen, den die öffentliche Anstalt darbietet, werden die zu erhebenden Gebühren aufgestellt in allgemeinen Sätzen, in Gebührentarifen.

Wenn diese Tarife aufgestellt werden rechtssatzmäfsig durch Gesetz oder was ihm gleichsteht, so wird die Gebührenpflicht in Entstehung und Durchführung gestaltet sein, wie die auf den Gemeingebrauch gesetzte, wovon oben S. 128 ff. die Rede war. Das ist aber hier nicht üblich. Die Tarife werden vielmehr, wie man es ausdrückt, im Verwaltungswege aufgestellt, nicht rechtssatzmäfsig, und werden rechtswirksam in dieser Form. Auch wo Rechtssätze sich damit verbinden, setzen sie voraus, dafs der Tarif ohnedies wirksam werden könne, und regeln nur bestimmte Punkte daran[10]. Die Möglichkeit

---

gewalt zu dulden hat, was nicht. So geben also behördliche Anordnungen, die nicht Rechtssätze sind, eine Rechtsgrenze des Beamten nach aufsen. O.V.G. 22. Okt. 1887: Die Instruktion bestimmt den Umfang des Züchtigungsrechts, irrtümliche Überschreitung desselben ist Irrtum über das „objektive Recht“ und macht strafbar.

[9] Als Gebühr wird auch behandelt der Ersatz für zufällige Nebenleistungen, sofern ein solcher vorgesehen ist: Mittelstein, Beiträge S. 67.

[10] Das geschieht vor allem, um Strafen zu setzen auf die Hinterziehung: Bl. f. adm. Pr. 1882 S. 411; Postges. § 25, § 27 ff. Das Gesetz kann auch nur den

einer solchen selbständigen Wirksamkeit der Tarife beruht auf dem, was die Anstaltsnutzung vom Gemeingebrauch unterscheidet: der Nutzende übt nicht einfach seine persönliche Freiheit aus, sondern tritt der Verwaltung gegenüber mit der Inanspruchnahme ihrer Leistung.

An diese Willenserklärung läfst sich die Gebührenpflicht auf zweierlei Weise anknüpfen.

Für den Civilisten ist immer das Nächstliegende der Vertrag. Stellt man das ganze Nutzungsverhältnis auf einen solchen, so ist die Begründung der Gebührenpflicht nur eine Seite davon. Erkennt man die öffentlichrechtliche Natur der Nutzungsgewährung, so mag die Gebührenpflicht sich wenigstens durch Nebenvertrag begründen. Der Tarif ist in beiden Fällen nur ein Preisverzeichnis, welches stillschweigend dem Vertrage zu Grunde gelegt wird[11]. Die Entstehung der Gebührenpflicht kann aber auch öffentlichrechtlich aufgefafst werden[12]. Dann erkennt man in der von der Behörde vorgenommenen Tarif-

---

Zweck haben, den Tarif festzulegen, so dafs die Sätze nicht erhöht werden können (Tel.Ges. v. 6. April 1892 § 7), oder für die Verwaltung ganz unveränderlich sind (Posttaxges. v. 28. Okt. 1871). Im letzteren Falle stellt das Gesetz den Tarif selbst auf, wie es die Postverwaltung thun könnte; die Wirkung des Tarifs nach aufsen ist dadurch nicht verändert. Deshalb ist uns mit dem Satze von Schott in Endemann, Handb. III S. 563: die Portozahlungspflicht entstehe ex lege, nichts erklärt; das Gesetz kann ja in sehr verschiedener Weise wirken wollen.

[11] Die Eisenbahntarife geben das Vorbild. Bezüglich der vertragsmäfsigen Begründung der Post- und Telegraphen-Gebühren: Laband, St.R. II S. 96 mit S. 86 ff. (3. Aufl. S. 89 mit S. 79). Die Marktgebühren werden fast durchweg als Mietzinse behandelt: oben § 38 Note 7. R.G. 15. Mai 1885 (Samml. XIII S. 271) versichert geradezu: „Dafs das Stättegeld für die zahlenden Marktbesucher die Natur eines Mietzinses hat, beruht auf gesetzlicher Bestimmung.“ Aus den dafür angerufenen Gesetzen, Gew.O. § 68 und Preufs. Ges. v. 26. April 1872, dürfte das schwer herauszulesen sein.

[12] Es werden immer Anstalten anerkannt, bei welchen die Gebühr nicht auf Vertrag beruht: Kanalanschlufsgebühren, Gebühren für die Erlaubnis zur Aufstellung eines Grabdenkmals bezeichnet man wohl geradezu als öffentliche Abgaben: V.G.H. 5. Dez. 1888; O.V.G. 4. Jan. 1889 („eine des öffentlichrechtlichen Charakters nicht ermangelnde Gebühr“). Das Schulgeld beruht nach G. Meyer, V.R. I S. 233, nicht auf Vertrag, „sondern auf gesetzlichen Vorschriften, bez. Anordnungen der Kommunalorgane“. Die letzteren sind aber doch keine Rechtssätze, wie wirken sie also? Ähnlich begnügt sich Bornhak, Preufs. St.R. III S. 679, damit, das Schulgeld als „öffentlichrechtliche Gebühr“ zu bezeichnen. — Unsere Aufgabe, eine Erklärung der öffentlichrechtlichen Gebührenpflicht zu geben, wird also durch die vertragsmäfsigen Begründungsweisen auf keinen Fall überflüssig gemacht; es handelt sich blofs darum, ob diese Notwendigkeit für einen gröfseren oder kleineren Kreis von Anstalten übrig bleibt. Vgl. auch G. Meyer, V.R. II S. 196, 197.

aufstellung einen Verwaltungsakt, der darauf gerichtet ist, jeden zu verpflichten, der durch die Inanspruchnahme der Leistungen der Anstalt sich dazu darbietet. Die darin liegende freiwillige Unterwerfung ersetzt zugleich die zu solcher Belastung erforderliche gesetzliche Grundlage. Die Fähigkeit des Verwaltungsaktes, in solcher Weise wirksam zu werden auf personae incertae, fände genügende Anlehnung an verwandte Erscheinungen[13].

Diese letztere Auffassung ist die allein folgerichtige, wo man die Gebührenpflicht im Ernste als eine öffentlichrechtliche ansehen will; denn als Vertragspflicht wäre sie immer civilrechtlich gedacht. Sie ist die gebotene überall, wo man die Anstaltsnutzung selbst öffentlichrechtlich ansieht; der Staat kann bei Gewährung derselben nicht gleichzeitig privatwirtschaftlich auftreten und demgemäfs einen civilrechtlichen Vertrag schliefsen. Sie allein giebt auch dem Tarif seine richtige Stellung. Denn dieser will durchaus nicht ein blofses Preisverzeichnis sein. Er erscheint in Verbindung mit Polizeiverordnungen oder, noch häufiger, als Bestandteil der Anstaltsordnung und giebt sich selbst als eine obrigkeitliche Willenserklärung, welche von den Betroffenen die Zahlung verlangt.

Nichtsdestoweniger können wir nicht behaupten, dafs diese Auffassung schon im geltenden Rechte liege. Der Verwaltungsakt in den feineren Arten seiner Verwendung ist diesem noch ein sehr unhandlicher Begriff und eine Wirkung, wie die oben vorausgesetzte, keine angenommene Sache. Die Notwendigkeit, sich dieser Auffassungsweise zu fügen, besteht aber hier deshalb nicht so unmittelbar, weil thatsächlich die Begründung der Gebührenpflicht, für sich allein betrachtet, mit der Annahme eines Vertrages auf die nämlichen Ergebnisse kommt, wie mit der Annahme unserer öffentlichrechtlichen Gebührenauflage kraft Unterwerfung. Es ist mehr eine Frage der juristischen Architektonik und als solche von verhältnismäfsig geringerer Bedeutung[14].

---

[13] Vgl. Bd. I § 8, III n. 3.

[14] Die alte polizeistaatliche Idee, dafs alles Vermögensrechtliche civilrechtlich ist, vermag sich in dieser Ecke des Verwaltungsrechts verhältnismäfsig noch am besten zu behaupten. Die neuere Auffassung tritt uns z. B. entgegen aus den gründlichen Erörterungen in V.G.H. 5. Dez. 1888 (Samml. X S. 281): In München stellte die Gemeinde das Statut auf, dafs die Hausbesitzer für die Einmündung von Seitenkanälen in die städtischen Hauptkanäle einen Einleitungsbeitrag zu entrichten haben. Daraus entsteht kein Vertrag, denn es handelt sich um eine „örtliche Abgabe“ für die Benutzung einer Gemeindeanstalt, eine Gebührenpflicht öffentlichrechtlicher Art. Andererseits ist das Statut kein Rechtssatz; eine gesetzliche Grundlage zur rechtssatzmäfsigen Auferlegung solcher Gebühren war nicht

2. Ob der Tarif durch Vertrag wirkt oder als Verwaltungsakt, immer unterscheidet er sich von den Bestimmungen, welche zur Geltendmachung der Anstaltsgewalt erlassen sind, durch das Erfordernis einer Einwilligung des Betroffenen im Einzelfalle. Er wird deshalb in mehrfacher Beziehung anders wirksam als jene.

Das Gesetz oder die Anstaltsordnung bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen die Anstaltsleistung im Einzelfall in Bewegung gesetzt werden soll. Dabei wird nicht notwendig auf Willens- und Handlungsfähigkeit des Begehrenden gesehen. Gleichgültig ist das auch für die Begründung der Anstaltsgewalt über die Person selbst oder ihre Sachen. Die Gebührenpflicht aber entsteht daneben, insoweit in der Inanspruchnahme die Äufserung eines verpflichtungsfähigen Willens liegt. Anstaltsleistungen können also ordnungsmäfsig erfolgen und die Anstaltsgewalt kann wirksam geworden sein, ohne dafs die gleichfalls gewollte Gebührenpflicht begründet ist[15].

---

gegeben. Die Gemeinde konnte aber auch ohne dies in öffentlichrechtlicher Weise durch ihr Statut „nach allgemeinen Grundsätzen eine Gegenleistung bestimmen“.

[15] An dem Falle des Kindes, das die Postsendung aufgegeben hat, oder des Wahnsinnigen, der dies gethan, weist Laband, St.R. II S. 84 (3. Aufl. S. 78), vortrefflich nach, dafs eine gültige Willenserklärung nötig ist, um die Gebührenpflicht zu begründen. Er bringt das aber in den Zusammenhang, dafs überhaupt mit solchen Personen kein gültiger Postbeförderungsvertrag zu stande kommt: „Der Wahnsinnige wird ebensowenig verpflichtet, wie ihm Rechte gegen die Post zustehen würden, falls dieselbe, von seinem Geisteszustand in Kenntnis gesetzt, die Beförderung der von ihm eingelieferten Packete unterlassen hat.“ Wir behaupten, dafs die Post mit den Sachen des Wahnsinnigen ebenso zu verfahren hat, wie mit denen des Gesunden. Nehmen wir geradezu den Fall: auf der Rückseite des frankierten Briefes erkläre sich ein Mann als Absender, der laut öffentlicher Bekanntmachung der Vormundschaftsbehörde entmündigt ist, — darf die Post den Brief zurückweisen? Gewifs nicht. Ebenso wird es stehen, wenn auf dem Abschnitt der Postanweisung oder der Packetadresse ein solcher Absender sich kundgiebt. — Dambach, Postges. S. 31, hält gleichfalls am Vertrage fest und verlangt deshalb Handlungsfähigkeit des Absenders als Bedingung der Gültigkeit und der Annahmepflicht der Post. Dem bricht er allerdings selbst die Spitze ab, wenn er hinzufügt, dafs die Postverwaltung „im allgemeinen sich nicht um die Handlungsfähigkeit der Absender zu kümmern hat“. Jener Grundsatz wird bei ihm nur beschränkt praktisch: „wenn beispielsweise ein entmündigter Mensch durch Aufgabe von Sendungen Unfug treiben sollte, so würde die Post berechtigt sein, die Annahme zu verweigern.“ Wenn ein Gesunder solchen Unfug treiben sollte, wäre sie da nicht ebenso berechtigt? Das ist ja etwas ganz anderes als die Rücksicht auf Vertragsfähigkeit. — Die Rechte, welche ein Handlungsfähiger gegen die öffentliche Anstalt hat, in deren Benutzung er getreten ist, sind nur Rechte auf Erstattung und Entschädigung; die hat geradeso der Vormund des Kindes und des Wahnsinnigen geltend zu machen. Auch die Anstaltsgewalt ist über die Sachen und Personen der letzteren die gewöhnliche. Nur die Gebührenpflicht ist besonders.

Die Ordnungen, welche erlassen werden zur Entfaltung der Anstaltsgewalt, entnehmen mit dieser ihre Kraft aus der Thatsache, dafs fremde Personen und Sachen in dem Machtkreis der Anstalt sich befinden. Neuerungen daran wirken sofort auch auf bereits begonnene Nutzungen. Die Gebühr dagegen, welche auf einen gewissen Umfang von Leistungen gesetzt ist, bestimmt sich endgültig mit dem Eintritt in den Genufs dieser Leistungen: nur in der Inanspruchnahme findet der Tarif die Unterwerfung, die ihn wirksam macht; der neue Tarif kann erst wieder wirksam werden von einem Abschnitt ab, der eine neue Inanspruchnahme bedeutet[16].

Die Anstaltsgewalt hat ihren Untergebenen stets bei der Hand; für den Tarif wird die Frage nach dem Gebührenschuldner regelmäfsig dadurch vermieden, dafs die Anstaltsleistung nicht beginnt oder nicht vollendet wird vor der Zahlung. Unter Umständen ist aber doch der Gebührenschuldner erst zu suchen. Da kommt es dann darauf an, wem die rechtsgeschäftliche Willensäufserung zuzurechnen ist, die den Tarif wirksam macht. Das kann ein Anderer sein als der, dessen Person in die Anstaltsgewalt gegeben war[17], ein anderer auch als der, welcher durch seine Handlung die Anstalt unmittelbar in Be-

---

Bei der üblichen Vorauszahlung tritt das nicht hervor, weil dann nach geschehener Anstaltsleistung doch nicht zurückgefordert werden kann. Aber bei der Briefpost z. B., welche annehmen mufs ohne Vorauszahlung, kann denkbarerweise die Gebühr überhaupt verloren gehen: der Adressat verweigert etwa die Annahme und der Absender stellt sich als entmündigt heraus. Selbst aus dieser Rücksicht dürfen wir den Postbeamten nicht gestatten, die unfrankierte Sendung im Interesse ihres Dienstherrn abzulehnen: wir würden sonst das Gleiche auch bei notorischer Zahlungsunfähigkeit des Absenders gelten lassen müssen.

[16] Neue Bestimmungen über die Schulzucht treten sofort in Kraft, Erhöhungen des Schulgeldes nach begonnenem Schuljahr können erst mit Beginn eines neuen Abschnittes wirksam werden. Eine Änderung an Post-Ord. § 40, V, wonach unbestellbare Briefe künftig schon nach zwei statt nach drei Monaten vernichtet werden sollen, käme unbedenklich zur Anwendung auf alles, was von nun an als unbestellbar bei der Ober-Postdirektion einläuft, ohne Rücksicht darauf, wann der Brief aufgegeben und der „Postbeförderungsvertrag" geschlossen worden ist, und trotz Postges. § 50 Abs. 2 Ziff. 4; das ist eine Sache der Anstaltsgewalt. Umgekehrt wird für einen zurückgehenden Brief das Porto nur nach dem zur Zeit der Aufgabe geltenden Satze geschuldet sein.

[17] Die Schulzucht hält sich an das Kind, der Schulgeldtarif an den Erziehungsberechtigten. V.G.H. 30. Mai 1888 (Samml. X S. 45): Durch Gemeindestatut ist bestimmt, mit welchen Lehrmitteln ausgerüstet die Kinder in der Volksschule erscheinen müssen; das ist „schulpolizeiliche" Thätigkeit, wie wir sagen: Anstaltsgewalt. Der Zwang besteht darin, dafs diese Mittel den Kindern von der Gemeinde geliefert werden; die Kosten werden den Eltern auferlegt als Gebührenpflicht.

wegung setzte, sofern es eben nur in Dienst und Abhängigkeit gegenüber dem eigentlichen Geschäftsherrn geschah[18]. Es kann sich auch nachträglich ein Dritter darbieten, indem er das Ergebnis der von einem Andern für ihn angeregten Leistung entgegennimmt und anerkennt. Es kommt nur darauf an, ob der Tarif ihn als Schuldner treffen will; die Voraussetzungen für sein Wirksamwerden sind gegeben[19].

3. Der Eingang der Gebühren ist ordentlicherweise dadurch gesichert, daſs die Leistung der Anstalt von der Vorausbezahlung abhängig gemacht wird. Wo ausnahmsweise eine Nacherhebung erforderlich wird, ist die Form dafür die administrative Zwangsbeitreibung (Bd. I § 32, II). Sie erfolgt gesetzlicher Bestimmung gemäſs unmittelbar aus dem wirksam gewordenen Tarif, ohne daſs ein Urteil oder Verwaltungsakt die Schuld festgestellt haben müſste[20].

Der Einzelne, der behauptet, die Gebühr nicht oder nicht in dieser Höhe zu schulden, ist dem gegenüber darauf angewiesen, dies

[18] Als Portoschuldner wird der Briefschreiber behandelt, weil er dafür angesehen werden kann, den Brief selbst oder durch einen andern aufgegeben zu haben; die unmittelbare Veranlassung zur Leistung der Post war immer nur der Mensch, der den Brief in den Kasten warf.

[19] So erklärt sich die Portopflicht des Adressaten bei der unfrankierten Postsendung oder für gewisse Telegraphengebühren (Tel.Ord. § 19, II). Die übliche Konstruktion des Vorganges, wonach der Absender eine Assignation auf den Adressaten giebt, die dieser durch Annahme der Depesche acceptiert, ist unwahr. Die Verpflichtung wird begründet vor Eröffnung der Depesche, also Acceptation der Assignation eines Unbekannten, Ungenannten, — das ist das Rechtsinstitut nicht. In der Annahme der Depesche tritt der Empfänger lediglich der Telegraphenanstalt gegenüber, bekennt sich dieser gegenüber als den, dem sie geleistet hat, und unterwirft sich dem Tarif, der ihn unter dieser Voraussetzung treffen will. Damit ist nicht gesagt, daſs man nicht zur Not auch hier mit einem Vertrag auskommen kann, nur müſste man ihn selbständig gestalten.

[20] Wenn die herrschende Meinung das als ein „Privilegium" ansieht (Laband, St.R. II S. 95 Note 4) und es deshalb nur zuläſst, soweit ein besonderes Gesetz dazu ermächtigt, so hängt das zusammen mit der civilrechtlichen Auffassung der Gebührenpflicht. Es entspricht aber auch der Forderung des Rechtsstaates, wonach die ausführende That geleitet sein soll durch einen obrigkeitlichen Akt, der zunächst bestimmt, was Rechtens ist (Bd. I S. 66, S. 477). Man mag daraus den Willen des Gesetzes folgern, daſs überall, wo es ausnahmsweise jenes unmittelbare Verfahren nicht gewährt, die Verwaltung, um beitreiben zu können, sich erst den vollstreckbaren obrigkeitlichen Ausspruch verschaffen muſs. Sofern aber eine dazu berufene Verwaltungsbehörde nicht gegeben ist, führt das mit Notwendigkeit zu den für „vermögensrechtliche Streitsachen" allgemein zuständigen Civilgerichten: die Verwaltung klagt ihre öffentlichrechtliche Gebührenforderung ein. So insbesondere bei Nachforderung von Telegraphengebühren.

in Form einer Rückforderung der gezahlten Gebühren geltend zu machen. Das kann geschehen auf dem Wege der Beschwerde oder der Verwaltungsklage, je nach der Ordnung des Rechtsschutzes. Wo nichts bestimmt ist, wird gemäfs den geltenden Grundsätzen über vermögensrechtliche Ansprüche (Bd. I § 16, II) das Civilgericht zuständig sein, über die Rückforderungsklage zu erkennen. Die Klage ist aber keine condictio indebiti, noch condictio sine causa. Das Civilgericht erkennt schlechthin wie ein Verwaltungsgericht über die öffentlichrechtliche Frage, ob die Gebühr gemäfs dem Tarif geschuldet war oder nicht. Dafs die Rückerstattung erfolgen mufs im Falle der Verneinung, ist einfach Vollzug dieses Ausspruches, wie die Beitreibung im Falle der Bejahung[21].

§ 53.

Öffentlichrechtliche Entschädigung.

Den Abschlufs der ganzen Rechtsordnung, welche den Verkehr zwischen der öffentlichen Gewalt und dem Einzelnen regelt, bildet ein Rechtsinstitut, das uns schon in mancherlei Anwendungsfällen entgegentrat. Bald da, bald dort sahen wir Rechtsansprüche entstehen auf einen angemessenen Ausgleich in Geld für den Schaden, der dem Einzelnen durch die Mafsregeln der öffentlichen Verwaltung zugefügt worden war. Unser Rechtsinstitut fafst alle diese Einzelerscheinungen in einer einheitlichen Idee zusammen, die ihre Wirksamkeit zugleich weit über alles bisher davon Beobachtete hinaus erstreckt, ein grofses allgemeines Rechtsprinzip zur Regulierung der wirtschaftlichen Wirkungen der Staatsthätigkeit auf den Unterthanen.

I. Ein Vermögensnachteil soll dem Einzelnen hier ersetzt werden, der ihm verursacht worden ist. Das beruht nicht auf den Regeln der civilrechtlichen Haftung für rechtswidrige Schädigung; denn es findet ebenso statt, wenn von einem Delikt der Vertreter und Diener des Staates keine Rede sein kann, ja, wenn der Nachteil in unanfechtbarer Rechtmäfsigkeit zugefügt worden ist. In gleicher Weise ist hier ausgeschlossen die Möglichkeit einer Anlehnung an die civilrechtlichen Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung;

---

[21] Glaessing, Die cond. ind. des deutsch. öff. R. S. 119 ff. Der Unterschied von den civilrechtlichen Kondiktionen, welche wir oben S. 330 anerkannten, liegt darin, dafs dort ein öffentlichrechtlicher Anspruch überhaupt nicht in Frage war.

denn die Entschädigung findet auch statt, wenn der Staat gar keinen entsprechenden Vorteil dabei gehabt hat, und immer nimmt sie ihr Mafs nur aus dem Schaden, nicht aus dem etwaigen Gewinn auf der andern Seite. Bereicherung wie Delikt sind zufällige Nebenerscheinungen, welche sich in den Voraussetzungen unserer Entschädigung bald finden, bald nicht.

Der Grundgedanke, auf welchem diese Entschädigung beruht, ist ein völlig selbständiger, ganz und gar dem Gedankenkreise des öffentlichen Rechtes angehöriger: der Vermögensnachteil wird ausgeglichen wegen der Ungerechtigkeit, die darin liegt, dafs er dem Betroffenen zugefügt wurde.

Der Staat tritt seinen Unterthanen mannigfach gegenüber, um ihnen Vermögensnachteil zu bereiten. Das soll nur rechtmäfsigerweise geschehen; die Forderung der Gerechtigkeit steht aber noch aufserdem darüber.

Gerecht ist der Eingriff, wenn er durch den Betroffenen selbst veranlafst ist, ihn nicht von freien Stücken in Anspruch nimmt, sondern nur eine Vergeltung bedeutet. Gerecht ist auch der Eingriff, der von freien Stücken erfolgt, wenn er gleichmäfsig belastet, für sich oder im Zusammenhang mit anderen Belastungen einen auf Ausgleich berechneten Mafsstab durchführt. Die Ordnungen unserer öffentlichen Gewalt sind darauf gerichtet, ihre Inanspruchnahme des Unterthanen von vornherein möglichst nur im Sinne solcher ausgleichenden Gerechtigkeit vor sich gehen zu lassen. Allgemein und unbedingt durchführbar ist das nicht. Die Zufälligkeit der Bedürfnisse und die Unvollkommenheit der Mittel, mit welchen gearbeitet wird, führen im Einzelfalle thatsächlich doch zu ungleichen Belastungen. Wir bezeichnen das als ein besonderes Opfer, das dem Betroffenen zugemutet wird: ein Opfer, sofern ihn der Nachteil nicht als Vergeltung, sondern von freien Stücken trifft, und ein besonderes Opfer, weil er ihn ungleich trifft, ihn auszeichnet vor den Anderen, denen nicht eine gleiche entsprechende Last zugemessen ist[1].

---

[1] Dieser grundlegende Gedankengang ist wieder am klarsten zum Ausdruck gekommen bei v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 373. Ähnlich Pfeiffer, Prakt. Ausf. III S. 288; F. F. Mayer, Grunds. S. 433; Haus in Lotz Nachrichten S. 338; Bähr, Rechtsstaat S. 163; Grünhut, Ent.R. S. 10. Überall ist es die materielle Gerechtigkeit, das gleiche Mafs der Belastung, die Gleichheit, welche man durch eine derartige Schädigung verletzt erkennt. Der Ausdruck „Opfer", „besonderes Opfer", den wir dafür bei Pfeiffer, F. F. Mayer, Bähr, Grünhut u. s. w. finden, ist in der preufsischen Gesetzgebung angenommen: A.L.R. Einl. § 75; Ges. v. 11. Mai 1841 über den Rechtsweg gegen pol. Verf. § 4.

Dieselbe Idee der Gerechtigkeit, welche die Staatsthätigkeit bestimmt, besondere Opfer möglichst nicht aufzulegen, fordert alsdann, wenn es einmal doch geschehen ist, den nachträglichen Ausgleich durch eine Vergütung, welche dem Betroffenen dafür gewährt wird. Indem der Staat die Vergütung leistet durch Zahlung des Betrags des zugefügten Nachteils in Geld, vollzieht er die Aufhebung der Ungerechtigkeit: er nimmt das Geld dazu aus der gemeinen Kasse, die er durch seine Finanzgewalt in den auf Ausgleich gerichteten Formen der Belastung der Unterthanen jeder Zeit wieder füllt; er verteilt auf solche Art den Schaden auf alle seine Leistungspflichtigen. Die Entschädigung ist also hier die Form, um eine ungleiche Belastung in eine gleiche zu verwandeln[2]. Auf diese Weise steht sie im vollen Gegensatz zu der Erstattung einer Bereicherung und zu der Sühne für rechtswidrige Schädigung; sie hängt aber auch mit allen ihren Wurzeln im öffentlichen Recht[3]. Der Name öffentlichrechtliche Entschädigung kennzeichnet sie wenigstens in dieser Richtung. Es ist zu wünschen, dafs sich für den immer klarer erkannten Begriff auch ein Ausdruck finde, der ihre Eigenart noch bestimmter wiedergiebt.

Die Forderungen der Gerechtigkeit — mit solchen haben wir es bisher allein zu thun — haben für sich noch keine rechtlich verbindende Kraft. Ein Rechtsinstitut entsteht erst dadurch, dafs diese Forderungen

---

[2] Daher die Betonung, dafs durch den Staat hier „die Gesamtheit" zahlt: v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 373; „aus dem Gesamtvermögen" wird Entschädigung geleistet: Kgl. preufs. Deklaration v. 4. Dez. 1831; sie ist nur notwendig, wo nicht ohnehin „eine Ausgleichung unter alle unterstellt werden kann": Bähr, Rechtsstaat S. 163. Als Mittel der Verteilung der Last unter die Staatsgenossen behandeln die Entschädigung vor allem auch jene alten Theorien, welche sie auf eine actio pro socio oder auf die lex Rhodia de jactu gründen wollen; vgl. unten Note 5.

[3] Jhering, Zweck im R. 1 S. 352: „gerecht oder ungerecht ist nur derjenige, welcher zu befehlen hat." — Das Civilrecht, auch wenn es die aufserkontraktliche Schadensersatzpflicht noch so sehr auf die blofse Verursachung des Schadens stellt (Gutachten zum 17. deutschen Jur.-Tag, Verhandl. S. 77 ff., 127 ff.), kommt von dem Gesichtspunkt nicht los, dafs das zur Schuld angerechnet wird. Wo es ausnahmsweise eine Ersatzpflicht auferlegt unter Anerkennung der vollen Rechtmäfsigkeit der Schädigung (tignum junctum; Bayr. Wasserges. v. 28. Mai 1852 art. 89; c. c. art. 643), ist das Hereinragen eines besonderen öffentlichen Interesses unverkennbar. Ein gemeinsamer Gedanke, auf welchen civilrechtliche und öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht beruhte (Merkel, Encyklop. § 683) besteht nicht; gemeinsam ist beiden nur die eine Voraussetzung, die Verursachung des Schadens, die Rücksicht, aus welcher diese haftbar macht, bleibt verschieden.

aufgenommen werden in die Form des Rechts, zu Rechtssätzen gestaltet werden.

Das ist in verschiedener Weise geschehen.

Unsere Gesetzgebung hat Sorge getragen in allen Fällen, in welchen sie Eingriffe ermächtigt und ordnet, die ihrer Natur nach unter jene Forderung fielen, die Entschädigungspflicht des Staates im Sinne derselben anzuerkennen und für Feststellung und Durchführung das Nötige vorzukehren. So haben wir einen reichen Vorrat von Sondergesetzen über öffentlichrechtliche Entschädigung erhalten. Beispiele gab die Lehre von der Enteignung, von der auferlegten Grunddienstbarkeit, von etlichen Eigentumsbeschränkungen, von gemeinen Lasten und Vorzugslasten.

Allein das genügt dem Bedürfnis nicht; spielt ja doch gerade das Ungewollte, Unvorhergesehene bei solchen besonderen Opfern eine Hauptrolle. Dem kann nur entsprochen werden durch einen allgemeinen Rechtssatz, der auch das nicht besonders Erwähnte umfafst. Zum Teil hat der Gesetzgeber auch diesen ausdrücklich aufgestellt und dabei den Inhalt der Forderung der Gerechtigkeit geradezu wiedergegeben; ein derartiger Rechtssatz steht dann ergänzend hinter allen gleichartigen Bestimmungen der Sondergesetze[4].

Wo etwas derartiges fehlt, haben Theorie und Praxis nichtsdestoweniger einen allgemeinen Rechtssatz dieses Inhalts von jeher behauptet und gehandhabt. Man hat sich an irgend eine civil- oder öffentlichrechtliche Bestimmung anzulehnen gesucht und dabei in erweiternder Auslegung, sowie in Annahme stillschweigender Willenserklärungen das Möglichste geleistet[5]. Oder man hat sich, unter Ver-

[4] Das hervorragendste Beispiel ist A.L.R. Einl. § 75.

[5] Weber in Lotz, Nachrichten S. 504, beruft sich auf l. 52, 4 D. pro socio. Lauterbach, comp. jur. XIV, 2, Bocer, de regal. cap. III n. 249 ff., Kreittmayr, Cod. Max. IV cap. 13 § 4 n. 2, wollen die l. 21 D. de lege Rhodia de jactu auch der Entschädigung für Enteignung zu Grunde legen; wogegen mit Recht Bayr. Ob.G.H. 12. Mai 1878 (Samml. VII S. 842). — Der franz. Staatsrat findet den erforderlichen allgemeinen Rechtssatz in Erkl. der Menschenrechte art. 13, wonach die Staatslasten gleich verteilt werden sollen; Theorie d. franz. V.R. S. 348. — Aufser durch die Analogie des Enteignungsgesetzes würde nach Bl. f. adm. Pr. 1870 S. 345 der allgemeine Entschädigungsanspruch gerechtfertigt sein „auch durch die Verfassungsbestimmung, wonach der Fiskus vor den Gerichten Recht nimmt" (!) — Mittermaier in Arch. f. civ. Pr. IV S. 330 meint einfach, die Justiz dürfe „voraussetzen", dafs der Regent in solchen Fällen Entschädigung gewähren wolle. — Beliebt ist auch die Ausdehnung des Deliktsrechts. Sendheim, Prakt. Rechtsfragen S. 13, erklärt den Staat verantwortlich für den Schaden, weil er seinen Beamten die Macht gegeben hat zu verletzen. Auch dafs der schädigende Eingriff

zicht auf die Frage: woher? begnügt mit der Versicherung: der Staat schulde in diesen Fällen Entschädigung „nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatze“ oder nach „unzweifelhaftem Rechtssatze“ [6].

Das kann alles nur einen Sinn haben, insofern damit ein Gewohnheitsrecht bezeugt wird, womit man ja sonst sehr rasch bei der Hand zu sein pflegt. Hier handelt es sich aber unsres Erachtens wirklich einmal um ein solches.

Das Gewohnheitsrecht ist allerdings, wie wir wissen, regelmäfsig keine Rechtsquelle für unser heutiges Verwaltungsrecht (Bd. I § 10 n. 4). Allein hier liegt die Sache anders. Der Satz, dafs der Staat Entschädigung schulde für die besonderen Opfer, die er auferlegt, ist altes Recht. Vermittelt durch die einleuchtende Forderung der Gerechtigkeit ward er aufgenommen in die gemeinsame Rechtsüberzeugung und Rechtsübung, sobald der Staat anfing, lebhafter sich zu regen und häufiger solche Opfer zuzumuten. Das römische Recht gab kein Vorbild; ein deutsches Gewohnheitsrecht bildete sich aus, zunächst für die schwersten Fälle, vor allem für die Ausübung des jus eminens, allmählich von selbst verallgemeinert. Ob der Rechtssatz civilrechtlicher oder öffentlichtrechtlicher Natur sei, war bei dem ursprünglichen Stande der Ungetrenntheit beider Rechtsmassen gleichgültig. Der Polizeistaat, der die Scheidung vollzieht, mufste die Aufstellung einer civilrechtlichen Zahlungspflicht des Fiskus darin sehen. So haben wir ihn überkommen. Er hat nichts, was den Grundsätzen der Verfassung und des Rechtsstaates widerspricht. Es besteht deshalb auch kein Grund, weshalb er aufgehoben sein sollte. Nur steht es uns selbstverständlich frei, ihn von dem Standpunkte des neueren Rechtes aus auf seine wahre Natur zu prüfen und ihn demgemäfs loszulösen vom Civilrecht, zu dem er nicht gehört und nicht pafst.

---

möglicherweise ganz gesetzmäfsig ist, hindert nicht, die Entschädigungspflicht auf Rechtsverletzung zu gründen: das Expropriationsrecht beruht allerdings auf Gesetz, aber ist seiner Natur nach ein „gesetzliches Unrecht“; so Schwab in Arch. f. civ. Pr. 30 S. 177 Note 186.

[6] So Juristenfakultät zu Jena in der Entscheidung eines Hamburger Falles v. 14. Juni 1874 (Reger III S. 98): „ein gewisser und unzweifelhafter Rechtssatz der Gegenwart“; O.Tr. 28. Nov. 1859 (Str. 35 S. 315): „nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts“; O.A.G. Darmstadt (Seuff. Arch. VII S. 219): „aus staatsrechtlichen Gesichtspunkten“; R.G. 13. Jan. 1883 (Samml. 12 S. 3): nach gemeinem Rechte findet „ohne weiteres ein privatrechtlicher Anspruch gegen den Staat auf volle Entschädigung statt“. Privatrechtlich ist der Anspruch natürlich wieder blofs gemacht, um die Gerichtszuständigkeit festzuhalten, wozu es gar nicht nötig wäre; vgl. unten III n. 3.

II. Voraussetzung des Anspruchs auf Entschädigung ist ein Vermögensnachteil, der dem Einzelnen zugeht aus der Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung und der sich darstellt als ein besonderes Opfer, das ihm zugemutet wird.

1. Aus der öffentlichen Verwaltung mufs der Nachteil entstanden sein. Handelt es sich um ein Unternehmen, welches der Staat betreibt wie ein Privatunternehmer, eine fiskalische Verwaltung, so gilt für alle daraus hervorgehenden Beziehungen Civilrecht, und die besonderen Regeln des öffentlichen Rechtes, welche die Grundlage unseres Rechtsinstituts bilden, sind unanwendbar (Bd. I S. 141).

Es mufs ein zugefügter Nachteil sein, durch die Kraft einer Einwirkung entstanden, welche von der öffentlichen Verwaltung ausgeht. Ein blofses Nichterfüllen von Verbindlichkeiten erzeugt in civilrechtlichen Vertragsverhältnissen eine civilrechtliche Schadensersatzpflicht, in öffentlichrechtlichen Verhältnissen kommen nur die gegebenen Formen des Rechtsschutzes in Bewegung. Die Gestalt, in welcher diese Schadenszufügung erscheint, ist dann gleichgültig. Es kann ebensogut ein obrigkeitlicher Akt sein, der ungerechter Weise ein Recht entzieht, eine Pflicht auferlegt, als eine thatsächliche Gewaltübung, welche Werte zerstört, oder auch nur die nachteilige Einwirkung, die von dem Bestande oder der Beseitigung einer Anlage, eines Bauwerkes, einer Vorrichtung ausgeht. Nicht wesentlich ist auch der Unterschied, ob die Einwirkung rechtmäfsig oder nicht rechtmäfsig war, ob sie so gewollt war, oder nur zufällig sich ergab, oder geradezu hätte vermieden werden sollen. Es genügt der Kausalzusammenhang, wonach aus dem staatlichen Unternehmen heraus die Schädigung vor sich ging[7].

---

[7] Nichts anderes als eine besondere Anwendung des Grundsatzes ist die vielbesprochene strengere Haftung des Staates für Verlust und Beschädigung von Sachen, die er in seinen Gewahrsam genommen hat. Diese Thatsache kommt eben dabei in Rechnung: er hat sich an die Stelle des Eigentümers gesetzt und damit dessen Hut über die Sache beseitigt; aller Schade ist also von ihm verursacht, den dieser ordentlicher Weise verhütet haben würde. Dafür gilt jeder andere als der selbstverschuldete und der von aufsen kommende mit den gewöhnlichen Mitteln unabwendbare. Der Staat, der die beschädigte Sache in seinen Gewahrsam genommen hatte, mufs also einen darauf gerichteten Entlastungsbeweis führen. Diese Regel ergiebt sich aus der natürlichen Würdigung der Kausalität auch ohne besonderes Gesetz. Man hat sich selbstverständlich bemüht, das auf vertragsmäfsige Verpflichtungen zurückzuführen. Aber es gilt ja auch für beschlagnahmte Sachen, für Werkzeuge, Fuhrwerke u. s. w., die nur zum Gebrauch requiriert worden waren, vor allem für gerichtliche Hinterlegungen, und zwar ohne Unterschied, ob die Hinterlegung freiwillig oder gezwungen geschah. Warum mufs

Selbstverständlich kann an Stelle des Staates hier wieder ein anderes Subjekt öffentlicher Verwaltung stehen, Selbstverwaltungskörper oder beliehener Unternehmer; das wird nur wichtig für die Frage, wem die zu leistende Entschädigung zur Last fällt (unten III n. 1).

2. Der Nachteil mufs sich als ein besonderes Opfer darstellen. Damit sind ausgeschlossen alle allgemeinen Abgaben, alle öffentlichen Dienstpflichten, welche planmäfsig nach Mafsgabe der Leistungsfähigkeit auferlegt werden, alle Gebühren und besonderen Lasten, welche die Natur von Gegenleistungen haben, alle selbstverschuldeten Nachteile: Strafen, Kostenersatzpflicht und namentlich Polizeimafsregeln jeder Art. Die Ausscheidung in dieser Richtung macht keine Schwierigkeit[8].

---

es dann anders begründet sein für Poststücke, versetzte Sachen im Leihhaus, Kleider und sonstige Habe, die der Kranke ins Krankenhaus mitbringt? Überhaupt, überall wo in öffentlichrechtlichem Verhältnisse der Staat Sachen in seinen Gewahrsam nimmt, kommen wir mit dieser Auffassung aus, und alles Auffallende, das man daran sieht, aller Zwang zu Künsteleien verschwindet. Vgl. über diesen Punkt: Pfeiffer, Prakt. Ausf. II S. 565; Zachariae in Ztschft. f. Stsw. 1863 S. 627 ff.; Scholz in Jur. Wochenschrift f. d. Preufs. Staaten Bd. II (1836) S. 5 ff.; Bähr, Rechtsstaat S. 176 ff.; v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 305; Loening, Haftung des Staats S. 133.

[8] Aus Anlafs der Berliner Polizeiverordnung, welche die Ofenklappen verbot (Bd. I § 19 Note 2), klagten die Eigentümer auf Entschädigung wegen der „besonderen Opfer“, die sie zu bringen hatten behufs der Neueinrichtung. O.V.G. 5. Dez. 1881 weist ab; denn „die Interessen des Gemeinwohles darf der Eigentümer ohnehin nicht gefährden; es wird also kein Mehreres von ihm verlangt, keine neue Beschränkung auferlegt.“ Ähnlich R.G. 12. Nov. 1887 (Samml. 19 S. 353): ein Pulvermüller, der polizeilich gezwungen wird, einen Damm zum Schutze des Verkehres auf der Landstrafse zu errichten, hat keinen Entschädigungsanspruch nach A.L.R. Einl. § 75. Oppenhoff, Ressortverh. S. 355 n. 106, sagt also mit Recht, dafs ein Entschädigungsanspruch nicht begründet wird durch „Vorschriften, welche lediglich die allgemeinen Grundsätze von der Polizeigewalt aufrecht erhalten“. Allein das giebt eine brauchbare Abgrenzung nur dann, wenn man das Wort Polizei in dem Sinne des neuen Rechtes versteht, wie wir ihn Bd. I § 18 entwickelt haben. Begreift man unter diesem Namen etwas Umfassenderes, die ganze innere Verwaltung im Sinne des alten Staatswesens oder Verwaltung mit Zwang u. dergl. im Sinne noch jetzt gepflegter Theorie, so ergeben sich allerdings Schwierigkeiten und Wirrsale. Das ist namentlich im preufsischen Rechte eingetroffen. Auf der einen Seite stellt man den Satz auf: für polizeiliche Anordnungen wird nicht entschädigt; auf der andern Seite rechnet man es altmodischer Weise auch noch zu den polizeilichen Anordnungen, wenn Brücken verlegt, Wege aufgelassen, Privatgrundstücke zur Strafse gezogen werden, und sieht sich dann genötigt, dennoch Entschädigung dafür zu gewähren nach A.L.R. Einl. § 75. So O.Tr. 18. März 1867 (Str. 67 S. 108); C.C.H. 5. Juni 1852

Es ist aber noch eine andere Grenze zu ziehen: nicht jeder Nachteil, der dem Einzelnen aus der öffentlichen Verwaltung zugeht und ihn ungleich trifft, kommt bei der öffentlichrechtlichen Entschädigung in Betracht. Der Kreis der geschützten Vermögensinteressen, wie wir sie bei der civilrechtlichen Schadensersatzklage ex delicto anerkannt sehen, erstreckt sich weit hinaus auf bloſse Möglichkeiten künftigen Erwerbs oder der Verhütung von Nachteilen. Ungünstige Veränderung der Bedingungen dafür kann schon einen Schadensersatzanspruch begründen. Die Kundschaft, der Kredit, die Erwerbsgelegenheit sind geschützt. So weit kann die öffentlichrechtliche Entschädigung nicht gehen; jedes neue Unternehmen der öffentlichen Verwaltung bringt ja ungleiche Schädigungen wie ungleiche Begünstigungen an solchen entfernteren Interessen in unberechenbarem Maſse mit sich. Der Forderung der Gerechtigkeit ist genügt, wenn nur das vergütet wird, was dem Einzelnen an greifbarem Schaden zugeht;

---

und 13. Okt. 1873 (J.M.Bl. 1874 S. 39). O.Tr. 21. Okt. 1869 (Str. 77 S. 1) handelt von einer „polizeilichen Anordnung“, welche die Bauerlaubnis verweigert im Interesse des freien Blickes auf das Alsendenkmal in Berlin; das Gericht hat gleichwohl mit Recht Entschädigung zugesprochen. In andern, ganz ähnlichen Fällen hat man sie wieder wegen der „Polizeimaſsregel“ abgesprochen. Das Obertribunal hat sich schlieſslich zu der Unterscheidung geflüchtet, ob die Beschränkung des Grundeigentums gelegentlich eines Neubaues oder gelegentlich eines Wiederaufbaues stattfindet: Präjudiz n. 220 bei Str. 26 S. 274; Oppenhoff, Ressortverh. S. 354 n. 105. Da ist aber gar nicht mehr zu sehen, was die Vernunft der Sache ist. Vgl. übrigens wegen der besonderen Bauverbote zur Einhaltung der Baulinie oben § 40 Note 14. — Ganz eigenartig ist nur der Entschädigungsfall wegen nachträglicher Unterdrückung einer gewerblichen Anlage, wie Gew.O. § 51 ihn giebt. Das ist unzweifelhaft eine polizeiliche Maſsregel; daſs gleichwohl Entschädigung dafür geleistet wird, erklärt sich aus folgendem Zusammenhang. Es handelt sich bei jener Bestimmung nur um solche Anlagen, welche nach dem bestehenden Polizeirechte, mit Einschluſs des von der Gewerbeordnung gesetzten, unanfechtbar sind, insbesondere um solche, die eine erforderliche gewerbepolizeiliche Genehmigung erhalten haben. Das hebt mit Recht hervor O.V.G. 16. April 1891 (Reger XI S. 361) und 12. Nov. 1891 (Reger XII S. 254). Die entgegengesetzte Ansicht von Landmann, Gew.O. I S. 407, wonach eine gewerbliche Anlage auch dann nur gegen Entschädigung unterdrückt werden könnte, wenn die gewöhnlichen polizeilichen Vorschriften, gegen welche sie verstöſst, dazu noch ausreichen, widerlegt sich gerade dadurch, daſs da die Entschädigung nicht verständlich wäre. Der § 51 giebt aber der höheren Verwaltungsbehörde die Machtvollkommenheit, polizeiliche Rücksichten zur Geltung zu bringen, auch wo es ordentlicher Weise dafür ein Mittel nicht giebt oder nicht mehr giebt, die Anlage also innerhalb des Kreises der Freiheit steht, der gemäſs der angenommenen Rechtsordnung gegenüber der Polizei gesichert sein soll. Nur weil hier der polizeilichen Maſsregel erst wieder Raum geschaffen werden muſs durch Aufhebung dieser Sicherheit, ist Entschädigung geschuldet.

nur das ist eine Last, die ihm auferlegt wird. Dem entspricht auch der Begriff des Opfers: ein Opfer kann nur bringen, wer etwas hat. Auch wo es nicht ausdrücklich gesagt ist, ist also der Rechtssatz, der öffentlichrechtliche Entschädigung zusagt, nur so zu verstehen, dafs ein Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des Individuums vorausgesetzt wird[9]. Dazu gehört als eigenstes Rechtsgut die körperliche Unversehrtheit und die persönliche Freiheit und Arbeitskraft. Darum lagern sich Sachgüter, welche durch irgend eine rechtliche Zugehörigkeit mit der Person verbunden sind: Eigentum, Recht an fremder Sache, obligatorisches Gebrauchsrecht, Besitz. Sodann erworbene Rechte auf ein bestimmtes Verhalten Anderer, auf Leisten oder Unterlassen: Privilegien, Monopole, ausschliefsliche Gewerberechte, aus neuerer Zeit das sogenannte geistige oder gewerbliche Eigentum. Auch subjektive öffentliche Rechte sind hierher zu zählen; die Verleihung in ihren verschiedenen Anwendungen hat dafür schon Beispiele geliefert.

Der Nachteil, der zugefügt wird, ohne ein derartiges Gut unmittelbar zu entziehen oder in seinem Bestande zu verletzen, macht den Rechtssatz über öffentlichrechtliche Entschädigung nicht anwendbar[10].

---

[9] Das ist gemeint, wenn immer wieder gesagt wird, die Entschädigung setze voraus einen Eingriff in erworbene Rechte, wohlerworbene Rechte, individuelle Rechte, Privatrechte: Zachariae, St.R. II §§ 152, 153; Pfeiffer, Prakt. Ausf. III S. 258; v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 373; Grünhut, Ent.R. S. 10; Preufs. Ges. v. 11. Mai 1841 § 4 (dazu Oppenhoff, Ressortverf. S. 354 n. 101 ff.); Bayr. Ob.G.H. 27. Okt. 1877 (Samml. VII S. 50). Eine Rechtsverletzung ist damit nicht in Frage; der Zwang, „Rechte und Vorteile aufzuopfern" genügt (A.L.R. Einl. § 75), oder die „Verletzung eines bestehenden rechtlichen Zustandes" (R.G. 28. Mai 1880; Samml. II S. 353). — Die französischen Juristen bezeichnen übereinstimmend damit als Voraussetzung der öffentlichrechtlichen Entschädigung das dommage directe et matériel, wobei natürlich auch wieder von einem droit lésé geredet wird; Theorie des Franz. V.R. S. 356.

[10] Diese Grenze haben wir schon oben S. 141, 142 bei Beurteilung der Entschädigungsansprüche von Hausbesitzern wegen Strafsenänderung hervorgehoben und mit Beispielen belegt. Nicht selten suchen Wirte und andere Gewerbtreibende, deren Geschäft durch veränderten Eisenbahnbetrieb, Verlegung des Bahnhofs, Weiterführung der Linie, an deren Kopf sie lagen, und dergl. Schaden leidet, Ansprüche auf Ersatz geltend zu machen, die ja von vornherein nur denkbar sind auf den Rechtsgrundlagen der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Dafs sie nichts erhalten, beruht einzig darauf, dafs ein Schade in dem engen Sinne des besonderen Opfers bei ihnen nicht vorliegt. — Hierher gehört auch der Fall O.Tr. 25. Sept. 1856 (Str. 24 S. 1): Einer bestehenden Fährgerechtigkeit entzieht der Staat durch Anlage einer neuen Brücke die Kundschaft; die Klage nach A.L.R. Einl. § 75 wird abgewiesen. Das Gericht sagt: „weil kein Mifsbrauch eines fiskalischen

III. Die Wirkung, welche der Rechtssatz an diese Voraussetzungen knüpft, ist ein Anspruch des Geschädigten gegen das Subjekt der öffentlichen Verwaltung auf Ausgleich des erlittenen Schadens.

1. Schuldner ist regelmäfsig der Staat als das ordentliche Subjekt aller öffentlichen Verwaltung. Insofern Stücke öffentlicher Verwaltung auch zustehen können Selbstverwaltungskörpern und beliehenen Unternehmern, die darin an die Stelle des Staates treten, vollzieht sich eine Scheidung: jedes dieser Subjekte hat auch die aus seinem Stücke öffentlicher Verwaltung entspringenden Entschädigungsansprüche selbst zu tragen und zwar in der Weise, dafs es entschädigungspflichtig wird an Stelle des Staates dem Beschädigten gegenüber.

Rechtes vorliegt"; das ist falsch, denn der § 75 setzt keinen Mifsbrauch voraus. Aber ein besonderes Opfer stellt die Entziehung der Kundschaft nicht dar. — R.G. 28. Mai 1880 (Samml. II S. 353): Ein Rheindamm, den der Staat baut, entzieht einem Grundstück die befruchtenden Überschwemmungen; Entschädigungsklage abgewiesen, „weil kein bestehender rechtlicher Zustand verletzt, also art. 1382 c. c. nicht anwendbar ist". Von einem délit ou quasi-délit konnte überhaupt nicht die Rede sein; die öffentlichrechtliche Entschädigung war nicht geschuldet, da ein besonderes Opfer nicht vorlag; wäre umgekehrt eine schädliche Überschwemmung verursacht worden, so hätte der Kläger allerdings Ansprüche gehabt. — Unser Rechtsinstitut giebt insbesondere auch die Grundlage für die Haftung öffentlicher Anstalten; vgl. oben § 51, III n. 2. Nach seinen Regeln sind die vielen dort auftauchenden Streitfragen zu lösen. Postges. § 6 z. B. bestimmt eine Haftung für Verzögerung nur dann, „wenn die Sache durch die verzögerte Beförderung oder Bestellung verdorben ist oder ihren Wert bleibend ganz oder teilweise verloren hat". Wenn nun die Ware verspätet, aber in gutem Zustand ankommt, Adressat verweigert die Annahme wegen der Verspätung, auf dem Rückwege verdirbt sie, haftet die Post? Dambach, Postges. S. 56, verneint, Schott in Endemann Handb. S. 546 Note 3, Mittelstein, Beiträge S. 42, und Laband, St.R. II S. 92 (3. Aufl. S. 85 Note 4), bejahen die Frage. Der Schade ist aber unmittelbar nicht entstanden durch die verspätete Beförderung, sondern durch die verweigerte Annahme. Man wird freilich sagen: die Verweigerung der Annahme selbst hat ja die Post durch ihre Verzögerung herbeigeführt. Allein die verweigerte Annahme ist eben ein Nachteil, für welchen die Post nicht haftet: sie bedeutet den Verlust eines geeigneten Abnehmers für die Sache, aber keinen unmittelbaren Schaden an dieser; was weiter aus der Annahmeverweigerung an Schaden entsteht, ist ihr nicht zuzurechnen. In diesem Sinne haben, wie Dambach berichtet, die Gerichte namentlich auch die häufigen Entschädigungsklagen wegen verspäteter Brautbouquets abgewiesen. Er will anders entscheiden, wenn es sich um besonders zurecht geschnittene Kleidungsstücke handelt, deren Annahme wegen Verspätung verweigert wird (a. a. O. S. 57 n. 16). Allein auch hier hat die Post keinen Schaden an der Ware selbst angerichtet; wenn das Zeug nutzlos zerschnitten ist, so hat sie es doch nicht gethan; was sie verursacht hat, ist wiederum, wie bei den Brautbouquets, nur die „Unverwendbarkeit" der Ware, ein mittelbarer Nachteil aus der Annahmeverweigerung, für den sie nicht haftet.

Pflichtig ist also derjenige, dem das Unternehmen gehört, das den Schaden verursacht. Das entscheidet sich nicht danach, in wessen Namen die Beamten thätig sind, von denen der Eingriff unmittelbar ausgeht. Es findet ja verschiedentlich ein Zusammenwirken und eine Mischung der amtlichen Thätigkeit statt. Mafsgebend ist der sachliche Zusammenhang: um welches Unternehmens willen, zu wessen Gunsten ist gehandelt worden? Der Staat nimmt die Enteignung vor durch seine Enteignungsbehörde; entschädigungspflichtig ist jedesmal der Unternehmer, zu dessen Gunsten es geschieht. Die Gemeindevorstände verteilen die Quartierlast und ziehen die Einzelnen zur Leistung heran; der Staat verursacht die Last und schuldet die Entschädigung[11]. Eine staatliche Behörde kann berufen sein, in allgemeiner Weise Anordnungen zu treffen für ein gewisses Gebiet öffentlicher Verwaltung, das im übrigen zwischen verschiedenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts verteilt ist nach den einzelnen Gegenständen oder sachlichen Gesichtspunkten; wen die dabei entstehenden Entschädigungspflichten treffen, das bestimmt sich nach dieser letzteren Unterscheidung[12].

2. Wie der Entschädigungsanspruch nur begründet wird, sofern ein Opfer auferlegt, ein greifbarer Schade zugefügt ist, so bemifst sich auch die Höhe des zu vergütenden Schadens nur nach dem Werte, den das getroffene Gut unmittelbar für sich hat. Bei Dienstleistungen und beweglichen Sachen, die in Anspruch genommen werden, kommt daher nur der gemeine Wert in Ansatz, also der Wert der Dienstleistung ohne Rücksicht auf den Nachteil, der dem Betroffenen dadurch erwächst, dafs er wichtigere Angelegenheiten zu versäumen genötigt war, der Wert der Sache, ohne Rücksicht auf besondere wirtschaftliche Zusammenhänge, welche gerade für den Besitzer und

[11] Bad. V.G.H. 10. Jan. 1882 (Reger III S. 68).

[12] O.Tr. 14. Juli 1859 (Str. 34 S. 180): die Bezirksregierung hat im Interesse zweier Gemeinden einen Weg als öffentlichen in Anspruch genommen; die Gemeinden haben nach A.L.R. Einl. § 75 den Eigentümer zu entschädigen. O.Tr. 1. Juli 1869 (Str. 75 S. 217): Polizei-Präsidium zu Berlin hat die Bebauung eines Grundstückes verboten; die Stadt, für deren Strafsenwesen es geschah, ist entschädigungspflichtig: es ist „auf das aus der Sache selbst hervorgehende natürliche Verhältnis zurückzugehen, dafs derjenige zu entschädigen hat, dem in Folge der polizeilichen Anordnung ein Schade abgewendet oder ein Vorteil zugewendet wird.“ O.Tr. 28. Okt. 1869 (Str. 77 S. 1): Polizei-Präsidium verbietet Bau am Königsplatz, damit das Alsendenkmal ordentlich hervortrete: das ist ein nationales Interesse, deshalb entschädigt nicht die Stadt, sondern der Fiskus. — Das gleiche Zurückgehen auf das „natürliche Verhältnis“ fanden wir schon oben § 41 Note 18 bezüglich eines anderen Punktes.

gerade in diesen Umständen ein höheres Interesse begründen konnten [13]. Bei körperlichen Verletzungen, Untersagung des Gebrauchs von Baugrundstücken, Unterdrückung von Gewerbeanlagen, Entziehung von Verleihungen und Patentrechten ist die Schadensberechnung notwendig eine mehr individualisierte und berücksichtigt namentlich auch Erwerbsmöglichkeiten, aber diese wieder nur, sofern sie in dem getroffenen Gute selbst schon gegeben sind durch Eigenschaften, Herrichtung, wirtschaftliche Bestimmung. Bei der Enteignungsentschädigung haben diese Regeln naturgemäfs ihre schärfste Ausprägung erfahren. Der Wert des Grundstücks allein gilt. Die Geeignetheit desselben, zur Errichtung von Fabriken und sonstigen Anlagen verwendet zu werden, ist ein Faktor zur Berechnung dieses Wertes [14]. Die Möglichkeit, es einem Nachbar, der es unbedingt haben will, zu einem unverhältnismäfsigen Preise anzuhängen, kommt nicht in Betracht. Ebensowenig ist es ein Stück des auferlegten besonderen Opfers, dafs durch die Enteignung der Geschäftsbetrieb unterbrochen, die Kundschaft gestört, Vertragserfüllung vereitelt, eine Konventionalstrafe verwirkt wird [15]. Wohl aber gehört dazu aller Nebenvorteil, der mit dem Besitz des Grundstücks von selbst verloren geht: die durch dieses bisher vermittelte Zugänglichkeit öffentlicher Wege, der Schutz gegen störende Nähe öffentlicher Unternehmungen, den es gewährte. Dinge, deren Entziehung für sich allein einen Entschädigungsanspruch nicht begründen würden, kommen in Anrechnung als Wertbestandteile der entzogenen Sache [16].

---

[13] Es ist lediglich eine Anwendung dieser Grundsätze, wenn Postges. § 12 bestimmt: „Gegen die Postverwaltung findet ein Anspruch wegen eines durch den Verlust oder die Beschädigung einer Sendung entstandenen mittelbaren Schadens oder entgangenen Gewinns nicht statt". Ein Fall dieser Art bei Dambach, Postges. S. 95. — Diese Art von Schädigungen ist denn auch das Gebiet der festen Tarife für die Berechnung des zu ersetzenden gemeinen Wertes: Zeugentaxen, Quartierentschädigungen (Servis), Normalsätze für verlorene Sachen.

[14] In diesem Sinne: Eger, Ent.Ges. I S. 149; v. Rohland, Ent.R. S. 73; Bohlmann, Praxis in Expropr.Sachen III S. 18. O.Tr. 1. Juli 1870 (Str. 80 S. 25), 5. April 1872 (Str. 86 S. 75).

[15] Man stellt das den „auf objektiv dinglicher Grundlage" beruhenden Schätzungsmomenten gegenüber als „persönliche Nachteile", die als solche von der Entschädigung ausgeschlossen sind: Eger, Ent.Ges. I S. 154.

[16] R.G. 17. Juni 1884 (Samml. 13 S. 244): Dem Enteigneten ist für den verbleibenden Teil seines Grundstücks die bisher durch das enteignete Stück vermittelte Benutzung eines näheren Weges entzogen; er mufs künftig Umwege machen. Das Gericht bringt diesen Nachteil bei Berechnung der Höhe der Entschädigung in Ansatz. Es bemerkt, dafs die nicht enteigneten Nachbarn des Klägers allerdings ganz den nämlichen Nachteil eines Umwegs erleiden und dafür

3. Der Anspruch auf öffentlichrechtliche Entschädigung bedeutet ein subjektives öffentliches Recht des Geschädigten (Bd. I S. 113). Es ist voll ausgebildet in der Richtung auf seine Verfügbarkeit: der Berechtigte kann darauf verzichten, kann es übertragen, vererben. Für den Rechtsschutz sorgen mancherlei Sondergesetze, so namentlich bei der Enteignung, den Rayonservituten, Quartierleistungen, Manöverschäden. Soweit nichts vorgesehen ist, wird nach gemeinem deutschen Rechte die Zuständigkeit der Civilgerichte gegeben sein, was ja der öffentlichrechtlichen Natur des Anspruchs keinen Eintrag thut (Bd. I § 16, II).

§ 54.

Fortsetzung; Grenzgebiete der staatlichen Entschädigungspflicht.

Aus der Art der schädigenden Handlung ergeben sich unter Umständen Besonderheiten für die Anwendung unseres Rechtsinstituts, so dafs die Entschädigungspflicht noch weiter bedingt oder ganz ausgeschlossen wird. Wir haben hier darzuthun, wie sich das einfügt in das Ganze dieser Lehre.

I. Der Rechtssatz, der den Anspruch auf öffentlichrechtliche Entschädigung giebt, lautet allgemein, umfafst also auch die besonderen Opfer, welche dem Einzelnen auferlegt sein können durch Gesetz. In dieser Beziehung ist jedoch folgendes zu bemerken.

1. Der in Form des Gesetzes geäufserte Staatswille hat die Eigenschaft der Unverbrüchlichkeit, vermöge deren er auch bereits vorhandene Rechtssätze aufser Anwendung setzen kann (Bd. I S. 72). Diese Kraft kann sich auch gegen unsern Rechtssatz wenden. Wenn das Gesetz, im Einzelfall oder als Rechtssatz, ein besonderes Opfer

---

nichts erhalten. Die Bevorzugung des Klägers „wurzelt in den obligatorischen Beziehungen, welche durch die Enteignung zwischen ihm und der Expropriation herbeigeführt sind“. In dieser Ausdrucksweise dämmert etwas von dem wirklichen Grund des Unterschiedes. Auferlegung von Umwegen ist für sich allein kein besonderes Opfer und wird deshalb überhaupt nicht entschädigt (oben § 37 Note 36). Entziehung eines Grundstückes ist ein besonderes Opfer und dafür ist zu ersetzen, was das Grundstück wert war; ein Stück seines Wertes ist aber der Dienst, den es bisher leistete, einen nähern Weg zu vermitteln. — In der Praxis ergeben sich auf diese Weise sehr auffallende Ungleichheiten; aber so ist es ja immer mit grofsen, folgerichtig durchgeführten Rechtsideen: irgendwo mufs durchgeschnitten werden, und an der Schnittlinie sieht der Nichtjurist keinen rechten Grund, weshalb sie gerade da läuft. Zieht man sie aber anders, so entstehen noch viel mehr neue Bedenken dieser Art.

auferlegt, so vermag es eine dafür zu gewährende Entschädigung auszuschliefsen. Es ist Auslegungsfrage, ob es das gewollt hat[1].

2. Wenn das Gesetz einen schädigenden Eingriff macht durch Rechtssatz, ohne Entschädigung besonders zuzusichern, so ist solche von selbst nicht geschuldet. Der Rechtssatz trifft allerdings den Kreis der Einzelnen, die er trifft, gleichmäfsig; er könnte ihn deshalb doch ungleich belasten gegenüber den nicht darin Begriffenen. Aber nach feststehender Auffassung wird angenommen, dafs dies nicht der Fall sei, die Belastung durch Rechtssatz vielmehr immer ihren Ausgleich in irgend einer Weise finde[2]. Das hängt nicht an der „formellen Gesetzeskraft“, sondern ist allen Arten von Rechtssätzen, auch den auf Verordnung und Statut beruhenden, gemeinsam.

3. Der nicht entschädigende Rechtssatz deckt auch, was zu seiner einfachen Anwendung und Durchführung geschieht: der Schade ist durch ihn schon geschehen und die Frage seiner Vergütbarkeit erledigt[3]. Das gilt nicht für Rechtssätze, welche nur eine mehr oder weniger bestimmte Ermächtigung für die Behörden geben, im Einzelfalle etwas aufzulegen oder in Anspruch zu nehmen. Hier wird das Opfer erst zugemutet durch den Einzelakt, der auf Grund des Rechtssatzes vorgenommen wird, und für diesen gelten die gewöhnlichen Grundsätze.

II. Die Entschädigungspflicht kann bedingt sein durch die Rechtswidrigkeit der Amtshandlung, die den Schaden verursacht hat.

Soweit der Staat privatwirtschaftlich auftritt, haftet er wie ein anderer Auftraggeber für seine Diener nach den Regeln des Civilrechts (Bd. I § 17, III). Darauf haben wir hier nicht mehr zurückzukommen. Es handelt sich für uns nur um Vergütung solcher Schädigungen, bei

[1] Mittermaier in Arch. f. civ. Pr. IV S. 330.

[2] Darüber die Ausführungen der Preufs. Kab.Ordre v. 4. Dez. 1831, den Rechtsweg über Hoheitsrechte betr. Das Hauptbeispiel bietet die rechtssatzmäfsige Auferlegung von Grunddienstbarkeiten des öffentlichen Rechts; O.V.G. 15. Nov. 1850 (Samml. 20 S. 103); Ducrocq, droit adm. n. 297.

[3] Keine Entschädigung wird geschuldet für die einfache Durchführung des gesetzlichen Verbotes von Gemeindekirchhöfen innerhalb der Stadt: O.Tr. 19. Juni 1863 (Str. 50 S. 139). Ebenso O.Tr. 8. Febr. 1856 (Str. 19 S. 351) im Falle der Wegräumung von Bauwerken auf öffentlicher Strafse (Berliner Fleischer-Scharren), deren Recht gemäfs den Bestimmungen einer Verordnung verwirkt ist.

welchen der Staat von vornherein nicht auf dem Boden des Civilrechts sich bewegte[4].

Von jeher sind die Versuche sehr zahlreich gewesen, auch hierfür eine Haftung des Staates zu finden, die auf die Rechtswidrigkeit einer Amtshandlung zu gründen wäre.

Die ältere Theorie glaubte aus dem Subjektionsverhältnis ein „staatsrechtliches Princip“ für eine solche Haftung gewinnen zu können; eine staatsrechtliche Haftung wollte sie der civilrechtlichen an die Seite stellen. Man quälte sich mit den wunderlichsten Konstruktionen, um dieser Forderung ein juristisches Gewand zu geben und die Kluft zwischen den Begriffen Staat und Rechtswidrigkeit zu überbrücken[5]. Die neuere Wissenschaft hat sich zuletzt in erklärlicher Unbefriedigtheit von der ganzen Idee der staatsrechtlichen Haftung abgewendet, und die Gerichte sind ihr gefolgt[6].

Die Gerichte haben aber andererseits nicht aufgehört, den Staat für die Delikte seiner Diener allgemein verantwortlich zu machen. Sie thun das unter Anrufung der civilrechtlichen Grundsätze über Haftung des Auftraggebers, auch in Fällen, wo es ganz aufser Zweifel steht, dafs öffentliche Verwaltung, Ausübung von „Hoheitsrechten“, Thätigkeit des „eigentlichen Staates“ vorliegt. Das achtet man entweder gar nicht als ein Hindernis oder kommt darüber hinweg mit Konstruktionen, die an Kühnheit denen der staatsrechtlichen Haftung nicht nachstehen[7].

---

[4] Das wird nicht immer ordentlich geschieden. Richtig Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten S. 53 ff. und S. 93 ff.

[5] Pfeiffer, Prakt. Ausf. II S. 361 ff., III S. 371 ff.; Zachariae in Ztschft. f. Stsw. XIX S. 582 ff.; Heffter in Arch. d. Crim.R. 1851 S. 458; Simon, Preufs. St.R. I S. 320. Die Civilisten glauben vielfach dadurch helfen zu können, dafs sie den Beamten für ein „Organ“ des Staates erklären, in welchem der Staat unmittelbar selbst delinquiert; vgl. Loening a. a. O. S. 105.

[6] Loening a. a. O. S. 109; Krais in Bl. f. adm. Pr. 33 S. 172; v. Sarwey, Öff. R. u. V.R.Pfl. S. 309 Note 3. G. Meyer, St.R. § 149, scheint allerdings die ältere Lehre noch vertreten zu wollen. — Sehr entschieden ablehnend: R.G. 8. April 1884 (Samml. XI S. 206).

[7] Diese Rechtsprechung setzt allerdings voraus, dafs das anzuwendende Civilrecht den Auftraggeber in umfassender Weise haftbar macht. Das Gebiet des franz. Rechts und des art. 1384 c. c. weist deshalb die Hauptbeispiele auf. Ein kais. Förster hat im Elsafs in Ausübung des Waldschutzes den fliehenden Holzfrevler durch einen Schufs, der ein Schreckschufs sein sollte, getötet. Die Schadensersatzklage der Witwe gegen den Staat wurde vom O.L.G. Colmar (Jurist. Ztschft. f. Els.Lothr. XII S. 79 ff.) abgewiesen; R.G. 8. Dez. 1882 erkennt dagegen: „die Frage, ob eine dritte Person für die Verbindlichkeiten einer anderen aus Delikten einzu-

Betrachten wir aber diese Entscheidungen genauer, so werden wir fast immer zugeben müssen, dafs sie sachlich richtig sind. Die Gerichte sind nur in Selbsttäuschung befangen, wenn sie glauben, die Grundsätze des Privatdeliktsrechts hier zur Anwendung zu bringen: sie erkennen über öffentlichrechtliche Entschädigungen, wofür sie ja nach allgemeinem deutschen Rechte die Zuständigkeit besitzen. So erklärt es sich, dafs sie die Gewährung dieser Entschädigung so ohne weiteres an Voraussetzungen anknüpfen, die ihrerseits ganz dem öffentlichen Rechte angehören. So erklären sich auch die kleinen Abweichungen von der civilrechtlichen Schadensersatzpflicht, die in dieser Rechtsprechung erscheinen; diese trifft ja im Ergebnisse zumeist mit der öffentlichrechtlichen Entschädigung zusammen. Wo beide darin auseinander gehen, folgt unsere Praxis den Regeln der letzteren[8].

---

stehen habe, ist privatrechtlicher Natur, somit steht nichts im Wege, den art. 1384 B.G.B. grundsätzlich auf die Frage der Haftung des Staates, welcher hier nur in seiner vermögensrechtlichen Seite in Betracht kommt, anzuwenden. Dafs es sich dabei um Ausübung polizeilicher Befugnisse handelt, ist nicht geeignet, die Haftbarkeit des Staates auszuschliefsen.“ Die Frage wäre aber doch wohl zunächst die, ob das nicht geeignet ist, die Anwendbarkeit des Civilrechts auf den Staat auszuschliefsen. Oder was sollte sonst dazu geeignet sein, wenn das nicht? Die Schlufsfolgerung: weil die Schadensersatzpflicht des Staates, wenn derselbe dem Privatrechtssatz unterliegen sollte, privatrechtlicher Natur sein würde, deshalb unterliegt der Staat hier dem Privatrecht — ist geradezu mustergültig. — Eine Militärpatrouille hatte bei einer Verhaftung Feuer gegeben, ein Unbeteiligter, der verletzt worden war, klagt gegen den „Militärfiskus“; O.L.G. Colmar 9. Jan. 1888 (Jurist. Ztschft. f. Els.Lothr. XIII S. 123 ff.) bekennt sich jetzt ausdrücklich zu jener Rechtskonstruktion des Reichsgerichts und erklärt den art. 1384 für anwendbar. — Sträflinge, die in einem elsässischen Gefängnisse zur Arbeit angehalten werden, kommen dabei in Folge unrichtigen Verfahrens des Aufsichtsbeamten zu Schaden. Den Einwand, dafs der Staat hier in Ausübung seiner Hoheitsrechte stehe, beseitigt das O.L.G. Colmar, wie das Reichsgericht mit der längst vergessenen Formel des Polizeistaates: der Richter dürfe „auf Grund des art. 1384 den Fiskus für die vermögensrechtlichen Folgen der Handlung des Beamten des Staates verantwortlich erklären“ (Jur. Ztschft. f. Els.Lothr. IX S. 273 ff., XII S. 317). — R.G. 21. Dez. 1886 (Samml. XVII S. 105) hat übrigens auch im Gebiete des weniger handlichen preufs. Rechts den Staat ex delicto zu verurteilen gewufst: gelegentlich eines Strafsenbaues wird ein Haus beschädigt; man hat es hier nur mit dem „durch den Fiskus repräsentierten Staat“ zu thun; der Fiskus als Privatmann, der er ist, unterliegt aber der Strafbestimmung des § 367 n. 14 Stf.G.B. und folglich auch der aus seiner strafbaren Handlung hervorgehenden Schadensersatzpflicht.

[8] Der Gegensatz wird namentlich wieder gegenüber der weitgehenden Haftung des Auftraggebers nach französischem Civilrechte bemerkbar. Er haftet für den Schaden, den der Beauftragte im Dienste, d. h. wie die herrschende Lehre das erläutert, gelegentlich des Dienstes angerichtet hat, à l'occasion des fonctions

Es ist danach auch sehr erklärlich, dafs man zu dem Eindruck kommt, für die Haftung wegen rechtswidriger Amtshandlungen lasse sich „kein festes Princip aufstellen“. Die rechtswidrige Amtshandlung bildet eben keine selbständige Voraussetzung der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Sie spielt in den Vorraussetzungen derselben eine sehr verschiedene Rolle und dementsprechend auch in den Schadensersatzverurteilungen der Gerichte. Darüber haben wir uns klar zu machen.

1. In der Regel ist der Nachweis einer Rechtswidrigkeit für die öffentlichrechtliche Entschädigung gleichgültig. Diese findet statt, wo ein besonderes Opfer auferlegt wird in aller Form Rechtens. Sie findet auch statt, wo ein solches aus der Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung sich ergiebt von selbst, unwillkürlich, ohne Unterschied, ob dabei eine Rechtswidrigkeit unterläuft oder nicht[9].

(Aubry u. Rau, cours de dr. c. IV S. 761; Laurent, princ. d. dr. c. XX n. 584). Die öffentlichrechtliche Entschädigung geht nicht so weit, das Gelegentliche genügt nicht, die Handlung mufs noch als Amtshandlung in der öffentlichen Verwaltung begriffen gewesen sein, damit der Schade angesehen werden könne als aus dieser hervorgegangen. Nur in dieser Beschränkung wird denn auch der art. 1384 zur Haftbarmachung des Staates hier verwendet; Dreyer in Ztschft. f. franz. Civ.R. IV S. 390. Die Beispiele, welche Dreyer a. a. O. S. 390, 391 und Zachariae in Ztschft. f. Stsw. XIX S. 617 Note 1 anführen, um zu zeigen, dafs der Staat nicht für das haftet, was nur gelegentlich der Amtsthätigkeit geschieht, giebt Laurent a. a. O. XX n. 583 u. 584 gerade als Belege dafür, dafs nach art. 1384 auch in diesem Umfange gehaftet wird. — Ferner: Gegenstand des Schadensersatzes ist bei einfacher Anwendung des art. 1384 aller Nachteil, welcher aus der rechtswidrigen Handlung hervorgegangen ist; bei der öffentlichrechtlichen Entschädigung nur der unmittelbar zugefügte Schade. Entsprechend dem letzteren Grundsatz hat O.L.G. Colmar v. 2. Dez. 1887 (Jur. Ztschft. f. Els.Lothr. XIII S. 118) eine Schadensersatzklage gegen die Zollverwaltung abgewiesen: eine Ware war irrtümlich beschlagnahmt worden, und der Eigentümer hat eine Reihe von Auslagen machen müssen, um die Freigabe zu bewirken. Das Gericht meint freilich den c. c. anzuwenden und nur wegen mangelnden Verschuldens der Beamten so zu urteilen. Aber das ist nicht der richtige Grund: wäre die Ware durch die Zurückhaltung verdorben, so müfste der Staat entschädigen, weil dann ein besonderes Opfer zugemutet wäre, und andererseits würde ein gewöhnlicher Privatmann, der durch irrtümliche Ausübung eines Retentionsrechtes dem anderen Auslagen verursachte, wegen Anwendbarkeit des civilrechtlichen Schadensersatzrechtes auch diese zu erstatten haben.

[9] Dreyer a. a. O. S. 393: „das Eigentümliche dieser Fälle ist, dafs hier selten zwischen dem erlaubten und dem unerlaubten Eingriffe wird unterschieden werden können“. Dann kann man aber doch auch nicht von einer Haftung für rechtswidrige Schädigung sprechen. Vgl. den Fall in R.G. 14. März 1889 Samml. 23 S. 257).

2. Unter Umständen wird dagegen das Vorhandensein einer Rechtswidrigkeit geradezu die Entschädigung ausschliefsen.

Sie ist immer nur geschuldet für den Nachteil, der aus der öffentlichen Verwaltung dem Einzelnen zugeht. Wo die Rechtswidrigkeit des Beamten derart ist, dafs sie kein blofses Fehlgehen der Verwaltung mehr bedeutet, sondern einen Mifsbrauch der Gelegenheit, den diese darbot, geht sie den Beamten allein an (vgl. Note 8).

3. Der Nachweis einer Rechtswidrigkeit kann aber auch Bedingung der öffentlichrechtlichen Entschädigung sein, und zwar dieses in doppelter Weise.

Die Frage, ob der Schade aus der Thätigkeit der öffentlichen Verwaltung hervorgegangen ist oder nicht, ist unter Umständen nur zu entscheiden danach, ob ein Verschulden vorliegt. Wenn in ein Grundstück eingegriffen wird, ist die Sache einfach. Wenn aber Schiffe zusammenstofsen, Artilleriefuhrwerke einen Menschen überfahren, bei Strafsenarbeiten ein Unglück geschieht, überhaupt der Beschädigte selbst in Bewegung gewesen ist oder darin sein konnte, dann kommt es darauf an, wer hätte ausweichen und Acht haben sollen. Der es unrichtig gemacht hat, hat den Schaden verursacht. Die Kausalität hängt daran und folglich auch die Entschädigungspflicht der öffentlichen Verwaltung.

Auch wenn der Schade aus der öffentlichen Verwaltung hervorgegangen ist, ist er ein besonderes Opfer nur dann, wenn er ungerecht trifft, ist es namentlich dann nicht, wenn dem Betroffenen nur widerfahren ist, was ihm gebührt. Gewaltsame Festnahme und selbst Körperverletzung kann ohne Entschädigung geschehen zur Verhinderung eines rechtswidrigen Angriffes, geschmuggelte Sachen werden konfisziert, gefälschte Nahrungsmittel vernichtet, Bauwerke zerstört, welche die öffentliche Strafse beeinträchtigen. Sobald sich herausstellt, dafs die Voraussetzung der Gewaltmafsregel nicht gegeben war, eine Rechtswidrigkeit vorlag, ist Entschädigung geschuldet. Nicht wegen einer Verfehlung der Beamten, wofür der Staat haftet, — die Beamten können durch amtlichen Irrtum oder Befehl persönlich gedeckt sein, — sondern wegen der objektiven Rechtswidrigkeit, welche die Schädigung als eine ungerechte, als ein besonderes Opfer erscheinen läfst.

Nicht für sich selbst also, sondern im Zusammenhang unseres umfassenden Rechtsinstituts und gemäfs seinen Grundsätzen, ist hier die rechtswidrige Amtshandlung Voraussetzung für die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht des Staates und dient sie zu ihrer Abgrenzung.

III. Zweierlei Arten von besonderen Opfern, die der Staat auferlegt, werden überhaupt nicht vergütet; das sind die Justizschäden und die Kriegsschäden.

1. Die Handhabung der Civilrechtspflege und noch mehr die der Strafrechtspflege ist imstande, dem Einzelnen die schwersten Nachteile zu bereiten. Das soll nur geschehen, sofern er's verdient hat, also gerechterweise. Aber die Justiz kann fehl gehen, ungerecht treffen; der Justizmord ist das äufserste Beispiel dafür. Da liegt dann ein besonderes Opfer vor, das der Staat zumutet. Die Voraussetzungen für die öffentlichrechtliche Entschädigung sind gegeben. Gleichwohl findet der allgemeine Rechtssatz, der diese gewährt, hier keine Anwendung; es entsteht keine Entschädigungspflicht, das ist geltenden Rechtes [10].

Der Grund liegt nicht darin, wie man wohl behauptet, dafs die Gerichte formelles Recht schaffen; denn die Verweigerung der Entschädigung greift auch Platz, wenn die Mafsregel, welche den Schaden gestiftet hat, im geordneten Gang der Gerichte hinterdrein wieder beseitigt und für ungültig erkannt worden ist. Er liegt auch nicht in der Unabhängigkeit der Gerichte. Denn die Gerichte sind deshalb doch nichts anderes als der handelnde Staat. Sie sind unabhängig vom Ministerium, von der Regierung. Aber das ist auch das Einzelgesetz, und doch werden die Nachteile, die dieses zufügt, gegebenen Falles in Anwendung des allgemeinen Grundsatzes vergütet [11].

In Wahrheit läfst sich die Erscheinung nur erklären aus einem gewissen Optimismus, mit welchem hergebrachter Weise die Gerichte betrachtet werden. Wenn wir einen Anspruch auf Entschädigung gewähren wegen Fehlgehens der staatlichen Einrichtungen, so liegt darin eine Anerkennung der menschlichen Schwäche, die trotz allem diesen

---

[10] Pfeiffer, Prakt. Ausf. II S. 363 ff.; Zachariae in Ztschft. f. Stsw. 1863 S. 637 ff.; Loening, Haftung des Staates S. 124 ff. In der Bewegung für die Entschädigung unschuldig Verurteilter, die in neuerer Zeit so mächtig geworden ist, wird gern auf die Analogie der Enteignung hingewiesen: Kronecker, Die Entsch. unschuld. Verhafteter S. 17; Verh. des 16. Jur.Tags II S. 241 ff., S. 345 ff., insbes. S. 265 (Jaques). Auch die Berufung auf ein neueres „objektives Schadensersatzprincip" und auf die „Stimme der Humanität" (Verh. des 22. Jur.-Tags I S. 530 ff.) berührt sich mit den Grundgedanken unseres Rechtsinstituts. Dafs dieses eigentlich zuträfe und ihm gegenüber eine Ausnahme vorliegt, giebt jener Bewegung eine eigentümliche Kraft, wenn auch ihre Vertreter sich dessen nicht immer klar bewufst sind.

[11] Über diese Argumente Pfeiffer, Prakt. Ausf. II S. 363; Sundheim, Schadensstiftung durch Staatsbeamte § 12; Loening, Haftung des Staates S. 98.

Einrichtungen anhaftet; nur so ist der Gedanke vermittelt, dafs der Staat durch sie und doch gegen seinen Willen die Einzelnen schädigt. Es widerstrebt uns aber, eine solche förmliche Anerkennung auch neben die Rechtspflege zu setzen. Diese wenigstens soll unfehlbar sein. Sie ist so geordnet, dafs sie nicht fehlgeht; nötigenfalls trägt sie selbst die Heilmittel in sich; was endgültig gesprochen ist — so wollen wir es aller Wirklichkeit zum Trotz nun einmal angesehen haben — kann niemals ein durch Entschädigung zu sühnendes Unrecht übrig lassen, das den Staat dem Einzelnen gegenüber verpflichtete[12]. Die Ausnahme gilt nicht für alle Stücke der Rechtspflege, sondern nur für den eigentlichen Kern davon, auf welchen jenes günstige Vorurteil sich bezieht. Also nur für Akte der richterlichen Beamten und nur für ihr geordnetes Verfahren in Civil- und Strafprozefs. Die freiwillige Rechtspflege teilt diese formelle Unfehlbarkeit, soweit auch sie als obrigkeitliches Verfahren des Richters erscheint, nicht soweit etwa einfache Geschäftsbesorgung darin begriffen ist[13]. Auch auf dem Gebiete der Verwaltung müfsten diese Grundsätze zur Anwendung gebracht werden, soweit die nämlichen Besonderheiten vorliegen. Es finden sich auch dort den Gerichten gleichwertige Behörden, die in Form des obrigkeitlichen Befehles oder sonstigen Verwaltungsaktes und in geordnetem Verfahren aussprechen, was Rechtens sein soll. Wegen der Verwaltungsgerichte kann gar kein Zweifel sein. Im übrigen ist allerdings die rechtsstaatliche Ordnung, die Justizförmigkeit der Verwaltung, noch nicht genügend durchgedrungen und zum allgemeinen Bewufstsein gekommen, um jener Grundauffassung nach dieser Seite hin ihre natürlichen Grenzen zu verschaffen[14].

---

[12] Dieser Gedanke steckt auch in dem oft wiederholten Satze, dafs jedenfalls dann keine Entschädigung zu gewähren ist, wenn der Betroffene noch ein Rechtsmittel hatte und verabsäumt hat, es geltend zu machen. Pfeiffer a. a. O. S. 365; Zachariae a. a. O. S. 641; Loening a. a. O. S. 125. Wir fingieren mit blindem Vertrauen, dafs das geholfen haben würde; sonst wäre diese Entscheidung nicht zu erklären. — Gnadenbewilligungen, Vergütungen, die nach billigem Ermessen gewährt werden, lassen sich mit dieser Auffassung wohl vereinbaren. Aber dafs die Rechtspflege verklagt werden könne auf Schadensersatz, weil sie gefehlt hat, das ist's, was dem Gefühl widerstreitet — und wie uns dünkt, einem recht wertvollen Gefühl. Wenn man hier helfen will, werden bei dem Widerstreite der Interessen gesetzgeberische Halbheiten nicht zu vermeiden sein; das in diesem Augenblicke zur Beratung stehende Reichsgesetz ist eine solche (Binding, Entw. eines Ges., betr. Änderungen des G.V.G. u. der Stf.Pr.O. S. 28 ff.).

[13] Pfeiffer a. a. O. S. 365.

[14] Zachariae a. a. O. S. 641 weist schon darauf hin, dafs „auch wegen Schadenszufügung durch rein administrative Akte keine Entschädigung verlangt werden kann, wenn der Verletzte von dem ihm zuständigen Rekurs an die vor-

2. Kriegsschäden können auf zweierlei Weise verursacht werden: durch unser eignes Heer und durch den Feind. Das letztere ist selbstverständlich in unserem Rechtsinstitute nicht begriffen. Aber auch die Schäden, die unser eignes Heer den Unterthanen zufügt, sind ausgeschlossen. Doch ist dabei zu unterscheiden. Kriegsschaden in diesem Sinn ist nicht alles, was an Opfern zum Zwecke der Kriegsführung auferlegt wird, sondern nur derjenige Nachteil, der durch die Kriegsführung unmittelbar entsteht.

Was der Staat zur Vorbereitung der Kriegsführung, zur Ausrüstung und zum Unterhalt des Heeres, zur planmäfsigen Anlage von Befestigungen für künftige Fälle in Anspruch nehmen mag, und wenn es auch während des Krieges selbst geschieht, ist den Unterthanen gegenüber geordnet durch das öffentliche Recht, und insbesondere schliefst sich an das besondere Opfer, das da zugemutet wird, nach allgemeiner Rechtsregel die öffentlichrechtliche Entschädigungspflicht an.

Unter Kriegsschäden im eigentlichen Sinn sind nur solche Schädigungen zu verstehen, welche von unseren Truppen zugefügt werden im Drange des Kampfes selbst, durch den Kampf oder im unmittelbaren Zusammenhange mit ihm. Dafür gilt kein Verwaltungsrecht mehr, so wenig wie für die Thaten des Feindes. Es ist kein öffentliches Unternehmen, das das Opfer fordert, sondern die Naturgewalt. Deshalb gilt der allgemeine Rechtsgrundsatz der öffentlichrechtlichen Entschädigung hier nicht[15].

Die Billigkeit und Gerechtigkeit wird auch hier dafür sprechen, dafs den Betroffenen, ob es von Freund oder Feind geschah, vom Gemeinwesen beigestanden werde; aber das ist frei im besonderen Falle vorzusehen[16].

---

gesetzte Behörde keinen Gebrauch gemacht hat", indem dieselben „den gerichtlichen Urteilen gleich behandelt werden müssen". — Die Zeitströmung geht allerdings eher auf Beseitigung solcher Ausnahmen vom Grundsatze der öffentlichrechtlichen Entschädigung. Bei dem unverkennbaren Zusammenhang dieser Ausnahmen mit dem volkstümlichen Ansehen der Behörde und der Machtstellung des Beamtentums giebt das zu denken.

[15] Dem Kriege steht die Bekämpfung eines inneren Aufruhrs gleich; O.A.G. Dresden 18. Mai 1852 (Seuff. Arch. V n. 288) verweigert deshalb auch für die dabei angerichteten Zerstörungen die Entschädigung.

[16] R.Ges. 13. Juni 1873 über die Kriegsleistungen § 35.

Dritter Abschnitt.

Das Recht der juristischen Personen.

---

§ 55.

Die juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechtes.

I. Das Wesen der juristischen Person überhaupt ist sehr umstritten. Wir müssen in Kürze darlegen, von welcher Auffassung wir bei unseren weiteren Erörterungen ausgehen werden [1].

1. Das Recht ist die Ordnung von Verhältnissen. Es setzt also eine Mehrzahl von Einheiten voraus, zwischen welchen zu ordnende Verhältnisse entstehen können. Die Einheit, mit welcher das Recht rechnet, ist die Person. Persönlichkeit ist die Fähigkeit, in rechtlich geordneten Verhältnissen zu anderen Personen zu stehen. Sie ist nicht gleichbedeutend mit Rechtsfähigkeit, sondern umfafst auch noch die Kehrseite davon, die Pflichtfähigkeit, ist überhaupt Empfänglichkeit für die Wirkungen der Rechtsordnung.

Die Rechtsordnung ist um der Menschen willen da. Die von selbst gegebene Einheit, mit der sie rechnet, ist darum der Mensch. Der Mensch ist die natürliche Person. Nicht als ob er von Natur Person wäre. Persönlichkeit entsteht immer erst durch die Rechtsordnung. Aber es ist naturgemäfs, dafs sie bei dem Menschen entsteht; es ist gegen die Natur, sie ihm zu versagen, und nicht von der Natur gefordert, dafs sie sonst noch entstehe.

---

[1] Wir folgen im wesentlichen G. Rümelin, Methodisches über die juristischen Personen. Dafs der gewählte Standpunkt richtig ist, wird sich durch seine Brauchbarkeit für die Erkenntnis des Rechts unserer juristischen Personen erweisen.

Diese natürliche Person trägt zugleich etwas in sich, an dessen Erscheinungen die Rechtsordnung ihr ganzes System gehängt hat, indem sie ihm Wirkungen bestimmt und Richtung zu geben sucht; das ist der Wille. Damit die Person ihre Stellung in der Rechtsordnung, wie diese nun einmal gestaltet ist, behaupte, mufs sie rechtsordnungsmäfsig wollen können; nötigenfalls wird ihr für eine Vertretung im Wollen gesorgt. Es handelt sich dabei um eine schwer entbehrliche Ausstattung, aber nicht um die Grundlagen der Persönlichkeit: nicht weil er willensfähig ist, ist der Mensch Person, sondern weil er lebt. Die Philosophie freilich spricht vom Willen in einem anderen als in unserem bestimmten juristischen Sinn; für sie kann Wollen und Leben zusammenfallen: Leben ist dann sein Dasein wollen und alles was daran hängt und hängen soll, seine Interessen wahrnehmen, seine Zwecke verfolgen, gleichviel, ob das mit rechtlich bedeutsamem Willen geschieht oder im Unbewufsten. In diesem Sinne ist der menschliche Wille nicht gleichgültig für die Persönlichkeit, sondern dafür ist sie da.

2. Der Mensch hat aber auch Interessen und Zwecke, deren Verwirklichung nicht in dem Einzeldasein beschlossen ist, welche darüber hinausreichen und gemeinsam sind mit Nebenmenschen oder auch mit solchen, die leben werden, wenn dieses Einzeldasein erloschen ist. Die Rechtsordnung gewährt ihm mancherlei Formen, um von der natürlichen Person aus für solche gemeinsame Interessen zu wirken (Gesellschaft, Erbrecht). Daneben steht als eine besondere Form dafür die juristische Person. Sie vermag gemeinsame Interessen vor der Rechtsordnung zu vertreten, auch da, wo die natürliche Person dazu nicht ausreicht, sei es wegen ihrer Kurzlebigkeit, sei es, weil die Beteiligten zu zahlreich und unbestimmt sind, sei es auch blofs deshalb, weil sich niemand findet, der für diese Interessen „mit seiner Person eintreten will“.

Die juristische Person ist der natürlichen Person vollkommen wesensgleich. Sie ist wie diese ein Erzeugnis der Rechtsordnung und nicht juristischer oder moralischer als sie, noch fiktiver oder erdichteter. Der Unterschied liegt nur in dem, was dahinter steht: dort ein bestimmtes Einzelwesen, dem die Person für den unbestimmten Umfang seiner Interessen dient, hier eine unbestimmte Mehrheit von Einzelwesen, denen sie für einen bestimmten Ausschnitt von Interessen dient, der ihnen gemeinsam ist.

3. Während demnach die natürliche Person sich einfach verwirklicht an dem lebendigen Einzelwesen, das hinter ihr steht, kann die juristische Person die bestimmte Gestalt, in der sie erscheinen

soll, erst erhalten durch eine besondere Ordnung; ihr Dasein beruht auf ihrer Verfassung.

Die natürliche Person erhält ihre Individualität durch die Leiblichkeit des Menschen, dessen Zwecken sie umfassend dient, die juristische durch die Bezeichnung ihres Zweckes, d. h. des Ausschnittes von gemeinsamen Zwecken eines gewissen Kreises von Menschen, wofür sie da sein soll [2].

Die natürliche Person erhält den für sie wirkenden Willen von selbst von dem Menschen, für den sie da ist; wo ausnahmsweise diesem die Fähigkeit, einen solchen Willen zu liefern, fehlt und Vertretung besorgt werden mufs, ist wiederum dieser Mensch der Anknüpfungspunkt dafür. Die juristische Person hat immer nur einen Willen durch Vertretung, und diese Vertretung kann sich nicht so ohne weiteres und in gleichmäfsiger Weise anknüpfen an die wechselnden und mehr oder weniger unbestimmten Menschen, deren Interessen sie dient; es bedarf besonderer Bestimmung [3].

Zweckbezeichnung und Vertretungsordnung sind daher die wesentlichen Stücke der Verfassung.

II. Wir unterscheiden juristische Personen des Civilrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Worauf beruht der Gegensatz?

1. Die Unterscheidung gehört ganz dem neueren Rechte an. Im alten Staatswesen war ja öffentliches und Privatrecht überhaupt nicht getrennt.

Der absolutistische Polizeistaat, der zuerst eine Scheidung durchführt, thut das freilich gerade in dem Sinn, dafs er für das Gebiet des öffentlichen Rechts alle Rechtsformen zerschlägt. Recht giebt es zwischen Staat und Unterthan nur auf dem Gebiete des Civilrechts. Ganz folgerichtig giebt es auch nur für dieses juristische Personen. Juristische Person und juristische Person des Civilrechts ist gleichbedeutend. Träger der öffentlichen Gewalt sind allemal nur natürliche Personen, der Landesherr und unter ihm die anderen Obrigkeiten, Einzelpersonen oder Kollegia. Sofern die gemeinsamen Interessen, welche von diesen wahrzunehmen sind, eine

---

[2] Rosin in Annalen 1883 S. 289 ff. Ein „Zweckvermögen" im Sinne der bekannten Theorie soll damit nicht an die Stelle der juristischen Person gesetzt sein.

[3] Die „Willensorganisation" gehört zur Ausstattung der juristischen Person, nicht aber bildet ein gegebener Wille ihre Grundlage: Bernatzik in Arch. f. öff. R. S. 193 ff.

Vermögensverwaltung mit sich bringen, wird hierfür eine juristische Person neben sie gestellt, und zwar sofort eine juristische Person des Civilrechts. So steht neben dem Landesherrn der landesherrliche Fiskus, weiter unten neben den allerdings stark verkümmerten Gemeindeobrigkeiten der Gemeindefiskus[4].

Die Fisci haben die Neigung, sich zu vermehren, durch Abschnürung von Zellen, möchte man sagen: jede einzelne Sparte der Verwaltung bekommt allmählich ihren eignen Fiskus neben sich, jede Behördenstufe wird damit ausgestattet; die inneren Reibungen der Bureaukratie werden von den beiderseitigen Fisci vor Gericht ausgefochten[5].

Inzwischen war aber allmählich neben den zur Landesverwaltung gehörigen Fisci der Leviathan herangewachsen, der sie alle verschlingen sollte: der Staat als juristische Person des öffentlichen Rechts.

Dafs alle öffentliche Gewalt nur zu Nutz und Frommen des gemeinen Wesens ausgeübt werden soll, ist von jeher anerkannt worden. Diese Gemeininteressen werden verpersönlicht im Begriffe des Staates, als dessen Diener jeder Gewalthaber sich anzusehen hat. Aus einer

---

[4] Vgl. Bd. I S. 48. Keil, Die Landgemeinden in d. östl. Prov. Preufsens S. 41 ff. Die Korporationen und Gemeinen des A.L.R. II, 6 § 25 ff. sind lediglich als derartige juristische Personen des Civilrechts gedacht; § 81: „Korporationen und Gemeinen stellen in den Geschäften des bürgerlichen Lebens eine moralische Person vor"; § 82: „Sie werden in Rücksicht auf ihre Rechte und Verbindlichkeiten gegen Andere, aufser ihnen, nach eben den Gesetzen, wie andere einzelne Mitglieder des Staates beurteilt". — Für die Civilrechtswissenschaft wird sich die Sache heute noch so darstellen, wenn sie ihren Standpunkt einseitig wahrnimmt. Da wird nur der Fiskus als juristische Person in Sicherheit gebracht; was sonst noch am Staate ist, das ist ein „politisches Wesen", von dem man nichts weiter sagen kann. So Arndts, Pand. § 41; Stobbe, D.P.R. I § 49, IV, 1. — Laband, St.R. I, § 67, verwertet jetzt noch diese Auffassungsweise zur Erklärung der rechtlichen Natur des Reichslandes. Elsafs-Lothringen ist nach ihm kein Staat, kein Subjekt „staatlicher Hoheitsrechte und staatlicher Aufgaben"; aber es ist ein „selbständiges Vermögenssubjekt" und hat zu diesem Zweck „privatrechtliche Persönlichkeit": es giebt nur einen elsafs-lothringischen Fiskus, der als solcher den Fisci der deutschen Gliedstaaten gleichbehandelt wird.

[5] Koch, Preufs. Pr.R. I S. 171 (§ 60): Der Staat als Erwerbsgesellschaft ist Fiskus; die einzelnen Zweige der Staatsverwaltung werden aber dann „weiter personifiziert": Militärfiskus, Justizfiskus. Jetzt noch stellt sich O.V.G. 14. Febr. 1881 (Samml. VII. S. 6) das Verhältnis bei der Brücke über den öffentlichen Flufs so vor, dafs „unten der Stromfiskus wirtschaftet und oben der Chausseefiskus". v. Bismarck, Verwaltungsgerichtsges. S. 121: „jede einzelne (fiskalische Kasse) bildet aber vermöge einer Rechtsfiktion ein besonderes Rechtssubjekt; sie können Rechte und Forderungen gegen einander erwerben u. s. w."

bloſsen Redeweise entwickelt sich das zu der festen Rechtsanschauung, daſs der Staat das Rechtssubjekt ist, in dessen Namen und in dessen Vertretung die Hoheitsrechte, die öffentliche Gewalt geübt werden. Wie das gekommen ist, haben wir hier nicht darzulegen. Das Ergebnis ist jedenfalls, daſs damit eine neue juristische Person erscheint. Sie tritt anfangs neben die juristische Person, welche an dieser Stelle bereits vorhanden ist und nicht sofort von selbst verschwindet, neben den Fiskus oder die fisci. Und damit kommen zuerst die Gegensätze zum Bewuſstsein, die uns hier beschäftigen: diese juristischen Personen sind von verschiedener Natur. Die Verschiedenheit liegt in der Art, wie sie bestimmt sind, dem gemeinsamen Interesse zu dienen. Der Fiskus thut das, wie bisher, als der „gewöhnliche Privatmann“, der Staat hingegen ist dazu da, den Ausgangspunkt zu geben für die öffentliche Gewalt. Und diese innere Artverschiedenheit ist es, die wir zum Ausdruck bringen wollen, wenn wir den ersteren bezeichnen als juristische Person des Civilrechts, den letzteren als juristische Person des öffentlichen Rechts.

Das Nebeneinander von Staat und Fiskus ist, wie die ganze polizeistaatliche Gedankenwelt, nur ein Durchgangsstadium. Die gesonderte juristische Person Fiskus wird als unnötig und unhaltbar erkannt. Der Fiskus verschwindet. Der Staat bleibt allein übrig; was der Fiskus vorstellt, wird zu einer bloſsen „Seite“ von ihm (Bd. I § 12, III n. 2). Er bleibt juristische Person des öffentlichen Rechts, weil er dazu da ist, die Thätigkeit zu üben, in welcher die öffentliche Gewalt erscheint, die also auf dem Boden des öffentlichen Rechtes sich bewegt; daſs er dazwischen „als Fiskus“ civilrechtlich beurteilt wird, thut dem keinen Eintrag. Das ist der Punkt, an dem wir jetzt stehen[6].

2. Der Staat ist aber nicht die alleinige juristische Person des öffentlichen Rechtes. Es giebt deren auch noch weiter abwärts, in Unterordnung unter ihm.

Da stoſsen wir zunächst auf eine Gruppe von Erscheinungen, über deren Zugehörigkeit kein Zweifel sein kann. Das sind die Gemeinden. Der Entwicklungsgang ist der nämliche wie beim Staat: erst steht nur der Gemeindefiskus neben der Obrigkeit, dann wird die Gemeinde juristische Person auch für ihre obrigkeitliche Verwaltung, und diese hat schlieſslich ihren Fiskus aufgesogen[7]. Die

---

[6] Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 12 ff.; Bernatzik in Arch. f. öff. R. V S. 181 ff.

[7] Der Gang durch die zwei ersten Entwicklungsstufen ist deutlich zu verfolgen bei Weiske, Samml. d. neuen deutsch. Gem.Ges. (1848). Einl. S. X wird zu-

Gemeinde ist einheitliche juristische Person des öffentlichen Rechtes. Das Gleiche gilt von den ihr nachgebildeten höheren „Kommunalverbänden“.

Der Zweifel beginnt erst bei den Stiftungen, Körperschaften, Genossenschaften, anerkannten Vereinen. Hier ist selbstverständlich immer zuerst zu fragen: liegt überhaupt juristische Persönlichkeit vor? Wenn wir aber dies bejaht haben, kommt die zweite Frage: welcher Art ist die juristische Persönlichkeit? Denn unter jenen Namen giebt es juristische Personen sowohl des öffentlichen als des Civilrechts, öffentliche Stiftungen und Privatstiftungen, öffentliche Körperschaften und Privatkörperschaften[8].

Der Unterscheidungsgrund kann in nichts anderem gefunden werden als in dem Zweck der juristischen Person; denn dieser allein ist es, der ihre Individualität ausmacht. Das mafsgebende Vorbild für die Art des Zweckes, der die juristische Person des öffentlichen Rechtes kennzeichnet, geben der Staat und die Gemeinde mit der Thätigkeit, für die sie da sind, mit der öffentlichen Verwaltung. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes sind also nur solche, die dazu da sind, öffentliche Verwaltung zu führen. Die öffentliche Verwaltung ist die Thätigkeit, in welcher die öffentliche Gewalt erscheint, welche dem öffentlichen Recht sein Anwendungsgebiet liefert. Die juristische Person, die dazu da ist, gehört selbst dem öffentlichen Recht an und rechtfertigt so ihren Namen.

Uns gehen hier im Verwaltungsrecht nur diejenigen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes an, die unterhalb der obersten Erscheinung dieser Art, unterhalb des Staates stehen. Für die vornehmsten von ihnen, die Gemeinden, ist der Name Selbst-

---

nächst hervorgehoben, dafs wir die Gesamtheit der Gemeinde „nur auf dem Gebiete des Privatrechts, für Vermögensrechte als eine Person oder juristische Einheit aufzufassen haben“, während die Gemeindegewalt schlechthin auf dem Verein ruht. S. XI geht es dann weiter: „Will man die Gemeindegewalt auf das Verhältnis einer Persönlichkeit zurückführen, so könnte man in der Korporation eine öffentliche und eine privatrechtliche Persönlichkeit unterscheiden; die letztere bestünde für die Vermögensrechte. Beide Persönlichkeiten werden aber durch denselben Vorsteher vertreten.“ Hier schwankt also die Auffassung schon zwischen der ersten und der zweiten Stufe; die dritte ist Weiske noch verborgen.

[8] Bei den Genossenschaften können wir einen ähnlichen Gang verfolgen, wie bei Staat und Gemeinde. Erst wird neben den Verband, der für öffentliche Zwecke gebildet ist, eine civilrechtlich juristische Person gestellt, ein Verbandsfiskus, wenn man so sagen will; oben § 48 Note 20. Diese geht dann auf in der vollen juristischen Persönlichkeit der öffentlichen Genossenschaft. Das Zwischenglied der zweierlei juristischen Personen fehlt aber hier.

verwaltungskörper gebräuchlich. Er ist wohl geeignet, überhaupt eine juristische Person zu bezeichnen, die öffentliche Verwaltung selbst zu führen berufen ist, im Gegensatz zu dem grundsätzlich alles umfassenden Staate, der über ihr steht. Wir werden den Ausdruck der Kürze halber fortan für alle unsere juristischen Personen gebrauchen[9].

III. Wenn eine juristische Person dazu da ist, öffentliche Verwaltung zu führen, so mufs das notwendig nach verschiedenen Richtungen hin bedeutsam werden für die Art, wie sie in ihren Einrichtungen und Angelegenheiten behandelt wird, und ihr Unterscheidungsmerkmale geben gegenüber der juristischen Person des Civilrechts. Was im geltenden Rechte juristische Person des öffentlichen Rechtes ist, was nicht, läfst sich danach überall mit Sicherheit beurteilen. Vergeblich ist es nur, wenn man die Sache noch weiter zuspitzen und alles in ein einzelnes bestimmmtes Unterscheidungsmerkmal setzen will.

1. Die juristische Person des öffentlichen Rechtes erweist ihren Zusammenhang mit diesem dadurch, dafs sie in ihren Verhältnissen nach aufsen nach öffentlichem Rechte beurteilt wird. Einen selbständigen untrüglichen Mafsstab giebt das nicht. Auch die juristische Person des Civilrechts wird in ihren Verhältnissen nach aufsen gegebenen Falles nach öffentlichem Recht beurteilt, gerade wie auch die natürliche Person (Steuerpflicht, Enteignungsbetrieb, Anspruch

---

[9] Wir sind also nicht damit einverstanden, wenn L. v. Stein, Verw.Lehre I, 2, S. 137, von einer Selbstverwaltung auch in der staatlosen Epoche der „Geschlechter- oder Ständeherrschaft" spricht. Der Begriff setzt die einheitliche Staatsgewalt voraus. — Laband, St.R. I. S. 100 (3. Aufl. S. 94), will darin den „Gegensatz zum Verwaltetwerden" sehen; Selbstverwaltung sage von einem Körper aus, „dafs er sich selbst verwaltet," während eine höhere Macht besteht, „von der er auch verwaltet werden könnte". Allein unseres Erachtens ist der Selbstverwaltungskörper allerdings zugleich Gegenstand staatlicher Verwaltung; die Aufsichtsgewalt (unten § 59) bezeugt das; er wird vermöge dieser thatsächlich verwaltet. Das Selbstverwaltungsrecht bedeutet auch nicht, dafs er sich selbst verwalte, sondern dafs er gewisse Angelegenheiten, die als die seinigen angesehen werden, selbst verwalte, während sie sonst der Staat verwalten würde. — Eine gute Übersicht der mancherlei Meinungen über das, was Selbstverwaltung sei, giebt Gluth, Die Lehre von der Selbstverwaltung S. 4—64. Vgl. Blodig, Die Selbstverwaltung als Rechtsbegriff S. 4 ff. Wir überlassen den Ausdruck seinem durch Juristen und Politiker geschaffenen Schwebezustand und stellen blofs fest, in welchem Sinne wir das Wort Selbstverwaltungskörper gebrauchen wollen; Folgerungen aus diesem Worte werden wir nicht ziehen (anders natürlich L. v. Stein, Verw.Lehre I, 2 S. 21); die untergeordnete juristische Person des öffentlichen Rechts ist ein guter Begriff, an dem lassen wir uns genügen.

auf öffentlichrechtliche Entschädigung). Umgekehrt findet das Civilrecht in grofsem Umfange auch auf die Verhältnisse des Selbstverwaltungskörpers Anwendung. Es giebt zahlreiche juristische Personen des öffentlichen Rechtes, deren ganze Verwaltung sich durchweg in den Formen des Civilrechtes bewegt, ohne dafs je die öffentliche Gewalt darin zum Ausdruck käme. Öffentliche Genossenschaften und öffentliche Stiftungen geben genügende Belege. Das Richtige ist, dafs das öffentliche Recht bei ihnen soweit zur Anwendung kommt, wie beim Staate selbst, also unter Umständen gar nicht. Die Thätigkeit des Selbstverwaltungskörpers ist, wie die des Staates, öffentliche Verwaltung. Diese bewegt sich grundsätzlich in Formen des öffentlichen Rechtes, kann aber auch je nach ihrer Art im Einzelfalle den Regeln des Civilrechtes unterliegen. Eine juristische Person, die der Beschränktheit ihrer Aufgabe gemäfs nur Thätigkeiten der letzteren Art führt, hat immer noch ein Stück öffentlicher Verwaltung, aber ohne je eine Anwendbarkeit des öffentlichen Rechtes darauf zu erleben[10].

2. Der Selbstverwaltungskörper hat sein Stück öffentlicher Verwaltung, das er in eignem Namen und eignem Rechte führt. Auch bei einer juristischen Person des Civilrechtes kann das zutreffen; das Rechtsinstitut der Verleihung öffentlicher Unternehmungen (oben § 49) giebt die Form dafür. Der Unterschied liegt in der Art, wie das Recht auf das Stück öffentlicher Verwaltung mit der Person zusammenhängt. Die beliehene Person empfängt das öffentliche Unternehmen durch ein Rechtsgeschäft des öffentlichen Rechtes; auf eben diesem Wege wird es ihr wieder entzogen; sie bleibt für sich daneben, was sie ist. Der Selbstverwaltungskörper dagegen ist dafür da; sein Stück öffentlicher Verwaltung gehört zu seinem Wesen; wird es ihm entzogen, so besteht er nicht mehr, so wenig wie der Staat, der sein Gebiet verloren hat[11].

---

[10] Es ist eine sehr verbreitete Meinung, die juristische Person selbst gehöre nur soweit dem öffentlichen Rechte an, als auch ihre Lebensthätigkeit nach diesem beurteilt wird. Folgerichtig kommt Bornhak in Ztschft. f. ges H.R. 39 S. 222 zu der Annahme, die juristische Person habe eine wechselnde Natur. „Beantwortet sich doch die Frage, ob eine Person eine öffentlichrechtliche oder eine privatrechtliche ist, lediglich nach den Rechtsverhältnissen, bei welchen sie beteiligt ist“. Danach gäbe es überhaupt keine eigenartige juristische Person des öffentlichen Rechts; sondern die einzige Art juristischer Personen, die wir haben, nennen wir blofs bald eine eine civilrechtliche, bald eine öffentliche, je nach der Art der Rechtsverhältnisse, in welche sie sich begiebt. Wir würden so auf eine sehr wertvolle Unterscheidung einfach verzichten.

[11] Rosin in Annalen 1883 S. 290 und Öff. Gen. S. 22 hat dieses besondere

3. Unsere Selbstverwaltungskörper stehen sämtlich, obwohl Personen für sich, in einem ganz besonderen Zusammenhange mit dem Staate, als dem obersten Ausgangspunkte aller öffentlichen Verwaltung, von der sie ein Stück haben. Das äufsert sich in verschiedenen Eigentümlichkeiten ihrer Stellung. Keine für sich allein ist geeignet, ein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal abzugeben; immer umfafst das entweder zu viel, d. h. auch anderes als juristische Personen des öffentlichen Rechtes, oder zu wenig, d. h. nicht alle.

Man bezeichnet sie wohl als Glieder des staatlichen Organismus. Soll das blofs heifsen, dafs sie zu dem Apparate gehören, durch welchen im Staate öffentliche Verwaltung geführt wird, so ist es nicht mehr als eine Tautologie. Sollen sie aber dadurch in Anspruch genommen werden als wesentliche Stücke der staatlichen Behördenorganisation, welche sie vervollständigen, so trifft das nur zu bei den Gemeinden unterer und oberer Gattung, wohl auch bei manchen Stiftungen; die grofse Masse der öffentlichen Stiftungen und Genossenschaften hat aber ganz abseits dieser grofsen Ordnung ihren stillen Platz.

Dieselbe Thatsache, dafs sie öffentliche Verwaltung haben sollen, die ja eigentlich in vollem Umfange dem Staate gehört, bringt es mit sich, dafs die Entstehung solcher Körper bedingt wird durch einen schöpferischen Akt der Staatsgewalt, die Anerkennung des Selbstverwaltungskörpers. Allein einerseits sind gerade die wichtigsten darunter, die Gemeinden, einfach übernommen aus geschichtlichen Vorstufen, wo der Staat in ganz anderem Verhältnisse dazu stand. Und andererseits finden solche Anerkennungen der juristischen Persönlichkeit, je nach dem Stande des Civilrechtes, ihren Platz auch bei Entstehung juristischer Personen, die diesem angehören; der Unterschied ist nur, dafs diese nicht anerkannt werden behufs Führung öffentlicher

Verhältnis des Selbstverwaltungskörpers zu der ihm gebührenden Verwaltung sehr gut gekennzeichnet, indem er fordert, dafs dieser Zweck sein „Lebenszweck“, das „Centrum der Persönlichkeit“ sein müsse. Er widerspricht deshalb mit Recht (Seite 24 Note) v. Stengel, V.R. S. 15, der auch Eisenbahn-Aktiengesellschaften und Zettelbanken von Aktienvereinen zu den Selbstverwaltungskörpern rechnet. Aber auch die Reichsbank, welche Rosin geneigt ist den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes beizuzählen (Off. Gen. S. 50), ist nichts anderes, als eine beliehene juristische Person nach diesem Muster; der Betrieb der öffentlichen Anstalt, die ihr überlassen wurde, ist für sie „nur das Mittel, durch dessen Verwendung sie ihren eigentlichen Zweck, den Vermögensvorteil ihrer Mitglieder, zu erreichen glaubt“.

Verwaltung; also mufs man schliefslich doch wieder auf diese Rücksicht zurückkommen[12].

Es ist ferner für den Selbstverwaltungskörper eine natürliche Folge seines Wesens, dafs er unter einer besonderen Aufsicht des Staates steht, um bei seinem Zwecke erhalten zu bleiben durch Zwang zur Erfüllung, oder um vernichtet zu werden, wenn er nicht mehr dazu geeignet erscheint[13]. Allein ganz die gleichen aufsichtsrechtlichen Befugnisse nimmt der Staat möglicherweise auch in Anspruch gegen civilrechtliche juristische Personen; der Unterschied ist nur der, dafs es hier nicht geschieht aus Rücksicht auf eine von ihnen zu führende öffentliche Verwaltung; auf diesen Begriff wird man also doch wieder verwiesen sein[14]. Und andererseits kann die Erfüllung des Zweckes durch die eigne Ordnung des Selbstverwaltungskörpers so genügend gesichert sein, dafs für eine staatliche Aufsicht gar nichts vorgesehen ist; nur im äufsersten Falle greift eine solche ein, von selbst, aus dem einzigen Grunde, dafs öffentliche Verwaltung in

---

[12] In dieser Weise scheint E. Mayer im Wörterbuch I S. 693 die Bedeutung der Verleihung der juristischen Persönlichkeit zu überschätzen. Die Gemeinnützigkeit oder das öffentliche Interesse, die nach ihm durch die Verleihung bekundet werden, können ja möglicherweise gerade in der Schaffung einer juristischen Person des Civilrechts ihre Befriedigung finden. Das Gleiche gilt von dem Merkmale, dafs die juristische Person durch staatlichen Zwang zustande gebracht wird: Blodig, Selbstverw. S. 25 ff.

[13] Rosin, Öff. Gen. S. 18: öffentlichrechtlich ist diejenige Genossenschaft, welche „kraft öffentlichen Rechts dem Staate zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist". Darüber Gierke, Gen.Theorie S. 657 Note 1; Bornhak in Ztschft. f. H.R. 39 S. 222; Tezner zu Jellineks Syst. der subj. öff. R. S. 91; Regelsberger, Pand. I S. 319 Note 4.

[14] Beispiel: Bayr. Ges. v. 29. April 1869, die privatrechtliche Stellung von Vereinen betr. Art. 30 Abs. 2, Art. 34. Vor allem gehören aber hierher die mit öffentlichen Unternehmungen beliehenen Aktiengesellschaften. Tezner zu Jellineks System S. 91 thut Rosin Unrecht, wenn er ihm vorwirft, dafs seine Formel auch diese Fälle umfasse (vgl. oben Note 11). Aber Haenel, der diese Formel übernommen hat, ohne zugleich zu betonen, dafs es sich um den „Lebenszweck" der Person handeln müsse, kommt thatsächlich dazu, auch Eisenbahngesellschaften, Zettelbanken, Gewerkschaften als „zur Selbstverwaltung regulierte korporative Verbände" anzuerkennen. Dafs ihr nächster Zweck „privatwirtschaftlicher Gewinn" des Unternehmers ist, macht nichts aus, wenn sie nur durch Aufsichtsrechte des Staates diesem zur Erfüllung ihres Gemeinzweckes verpflichtet sind. Warum sollte dann ein wohlbeaufsichtigter Einzelunternehmer solcher Dinge nicht am Ende auch Selbstverwaltung üben? Dieser Selbstverwaltungsbegriff nähert sich bedenklich dem Roesler'schen, welchen Laband, St.R. 2. Aufl. I S. 97 ff., so scharf gekennzeichnet hat.

Frage ist, das mufs aber dann eben aus anderen Merkmalen zu erkennen sein[15]. —

Für die Frage, ob ein Selbstverwaltungskörper vorliegt, ist deshalb immer nur das Gesamtbild entscheidend: woran öffentliche Verwaltung erkannt wird, haben wir im bisherigen reichlich dargestellt; wie es noch weiter an einer juristischen Person erkennbar wird, dafs sie dazu da ist, öffentliche Verwaltung zu führen, wird sich aus den nun folgenden Ausführungen ergeben[16].

§ 56.

Verschiedenheiten der Verfassungsgrundlagen.

Die untergeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die Selbstverwaltungskörper, wie wir sie nennen, haben, wie jede juristische Person, den Zweck, Menschen zu dienen für ihre Interessen. Die Bezeichnung dieses Zweckes durch ihre Verfassung giebt ihnen ihre Individualität.

Diese Bezeichnung enthält in sachlicher Beziehung den Gegenstand der Thätigkeit, wofür die juristische Person da ist, und die räumlichen Grundlagen derselben, Sitz und Bezirk; sie grenzt damit das Stück öffentlicher Verwaltung ab, auf welches das subjektive öffentliche Recht des Selbstverwaltungskörpers sich erstreckt (Bd. I § 9, IV), und den äufseren Umfang der Zuständigkeiten seiner Vertreter und Diener.

Sie bestimmt in persönlicher Beziehung den Kreis der Menschen, für welchen der Selbstverwaltungskörper da ist, um

[15] Die Pflicht des Selbstverwaltungskörpers, seinen Zweck zu erfüllen, ist nach Rosin, Öff. Gen. S. 19, nur das „principale" Element; dazu kommen erst die „formalen" Rechte, welche dem Staate der Genossenschaft gegenüber zustehen, um ihn zu befähigen, „die Erfüllung jener Pflicht in seinem Interesse zu überwachen und zu erzwingen." Wenn nun solche formalen Rechte nicht bestimmt sind, wie das z. B. in Elsafs-Lothringen bei Anerkennung eines Vereins als „öffentliche Anstalt" geschehen kann, woran erkennt man dann jene Pflicht? Sie ist doch selbst erst eine Folgerung aus der besonderen Zugehörigkeit zum Staat, die in anderer Weise festgestellt ist.

[16] Gierke, Gen.Theorie S. 167: „in allen solchen Besonderheiten sind nur mehr oder minder bezeichnende Symptome, nicht dagegen wesentliche und für sich allein ausschlaggebende Kennzeichen der öffentlichrechtlichen Qualifikation zu erblicken. Entscheidend ist vielmehr die Unterstellung des körperschaftlichen Socialrechts unter gleichartige Gesichtspunkte und Normen, wie sie das staatliche Gemeinwesen beherrschen". In diesem Sinne auch, wenigstens bezüglich der Korporationen, Regelsberger, Pand. I S. 318.

deren willen dieses Stück öffentlicher Verwaltung gerade in dieser Weise, durch eine gesonderte juristische Person des öffentlichen Rechtes geführt werden soll. Wir nennen diese Menschen die Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers [1].

In der Art, wie diese Angehörigen bezeichnet werden, weist aber die Verfassung tiefgehende Verschiedenheiten auf. Das giebt jedesmal einen andern inneren Aufbau der ganzen juristischen Person und andere Grundlagen für die Vertretungsordnung. Nach der Art der Bezeichnung der Angehörigen bestimmt sich die rechtliche Artverschiedenheit der Selbstverwaltungskörper. Wir unterscheiden danach: öffentliche Anstalten mit juristischer Persönlichkeit, öffentliche Genossenschaften und Gemeinden [2].

1. Ein bestimmtes öffentliches Unternehmen dauernder Art, eine öffentliche Anstalt (oben S. 318) kann mit einer juristischen Person versehen sein, die dafür da ist. Die sachliche Bezeichnung des Zweckes der juristischen Person ist hier von vornherein mit hervorragender Bestimmtheit gegeben; es ist der Betrieb dieser Anstalt. Daher es gebräuchlich ist, sie selbst schlechthin „öffentliche Anstalt“ zu nennen. Verpersönlichte öffentliche Anstalt oder Anstalt mit besonderer juristischer Persönlichkeit ist damit gemeint [3]. Die Bezeichnung des

[1] In diesem Sinne sind alle unsere juristischen Personen „Verbandspersönlichkeiten“; Gierke, D.Pr.R. I. S. 469. Ihre Angehörigen sind die „verbundenen Personen“. Rümelin, Methodisches S. 19, bezeichnet sie als „die beteiligten Menschen“, Merkel, Encykl. § 190, als „Interessenten“. Der Ausdruck „Selbstverwaltungsberechtigte“, den ich in Theorie des Franz. V.R. S. 427 dafür gebrauchte, sagt zu viel; Laband in Arch. f. öff. R. II S. 160 hat ihn mit Recht getadelt. Die einzelnen Erscheinungen unseres wichtigen, aber durchaus noch nicht eingelebten allgemeinen Begriffes führen verschiedene Namen; zu einer umfassenden Bezeichnung dürfte das oben gewählte Wort am geeignetsten sein. Der „Staatsangehörige“ giebt das Vorbild.

[2] Die juristischen Personen des Kirchenrechts werden sich nur zum Theil in diese Rubriken einreihen; wir haben nicht von ihnen zu handeln. Vgl. darüber Hinschius in Marquardsens Handbuch I, 1 S. 249 ff.

[3] Die abgekürzte Ausdrucksweise, die auch in der amtlichen Sprache sehr verbreitet ist, wirkt verwirrend. Denn die Thatsache, dafs es öffentliche Anstalten giebt, mit welchen nicht zugleich eine besondere juristische Person verbunden ist, bleibt daneben bestehen; das wird z. B. bezüglich der Schule hervorgehoben in C.C.H. 12. März 1870 (J.M.Bl. 1870 S. 216). Überdies kann ja infolge einer geschehenen Verleihung eine öffentliche Anstalt auch mit einer juristischen Person des Civilrechts verbunden erscheinen (oben § 49); wenn man sich einmal daran gewöhnt hat, unter öffentlicher Anstalt schon eine juristische Person des öffentlichen Rechtes mitzuverstehen, ist die richtige Beurteilung dieses Falles sehr erschwert. Darunter hat besonders die Reichsbank gelitten. Rosin, Öff. Gen. S. 80 ff., nennt sie eine öffentliche Genossenschaft; darüber Arch. f. öff. R. I

Kreises von Menschen, für welche die juristische Person da ist, tritt dabei ganz in den Hintergrund. Man gebraucht für solche juristische Personen wohl auch den Ausdruck „öffentliche Stiftung" und findet ihre Eigentümlichkeit darin, dafs ihr „Substrat" ein Vermögen schlechthin sei, im Gegensatz zur Körperschaft und Genossenschaft, die zugleich einen Verein natürlicher Personen hinter sich haben[4]. Die Verneinung überschiefst aber das Ziel, wenn sie sagen will, dafs diese Anstaltspersönlichkeiten überhaupt keine Angehörigen haben. Eine juristische Person ist nie um ihrer selbst willen da, sondern um anderer Personen willen. Diese anderen sind hier nur ungenau bezeichnet. Wer sind sie?

Es kann sich nicht handeln um diejenigen juristischen Personen, welchen die Anstalt gehören würde, wenn sie nicht selbst mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet wäre. Man kann sich ja alle diese Anstalten denken ohne eine solche; dann würden sie einfach unmittelbare Anstalten des Staates oder eines allgemeineren Selbstverwaltungskörpers, einer Gemeinde sein. Diese erscheinen also als die Nächstbeteiligten an der Anstalt. Wie sehr sie das sind, das wird namentlich im Falle der Auflösung der Anstaltspersönlichkeit sich zeigen (unten § 61, I). Aber die Anstalt und ihre juristische Persönlichkeit sind zu unterscheiden; die letztere kann nicht um des Muttergemeinwesens willen gegeben sein: sie ist es ja vielmehr, welche diesem die Anstalt zunächst entfremdet[5].

S. 717; aber jetzt wieder Regelsberger, Pand. I. S. 345 („Anstalt oder Stiftung"), Gierke, D.P.R. I S. 637 (öffentlichrechtliche „Verbandsperson" mit „von aufsen eingepflanztem Stiftungswillen"). Vgl. oben § 55 Note 11.

[4] Das Wort Stiftung wird auch gebraucht für das Stiftungsgeschäft, die Hergabe von Mitteln zu einem solchen Zweck (Regelsberger, Pand. § 75 Note 15). Man mufs sich auch hier wieder vor Verwechslungen hüten. Zur Bezeichnung der juristischen Person würde das Wort namentlich da geeignet sein, wo sie mit einer solchen Zuwendung thatsächlich begonnen hat. Für ihr Wesen macht das keinen Unterschied. Sartorius in Wörterbuch, Erg.-Bd. II S. 279: „Ohne rechtliche Bedeutung ist die Unterscheidung von Stiftungen und Anstalten". Vgl. auch Pfeifer, Jur. Pers. S. 127; Bolze, Begriff der jur. Pers. S. 187; Regelsberger, Pand. I S. 294. Rosin, Öff. Gen. S. 21, 48, will das Wort Stiftung nur für civilrechtliche Stiftungen gelten lassen: „Die Anstalten des Privatrechts sind die Stiftungen". Im Wortsinn liegt das nicht, und der Sprachgebrauch ist gegen diese Einschränkung.

[5] Richtig Pfeifer, Jur. Pers. S. 127. Gierke, Gen. R. II S. 962, nennt die Anstalten „lediglich Verselbständigungen eines von dem höheren öffentlichen Willen abgezweigten Teilwillens". Solche Verselbständigung geschieht aber doch nicht wegen eines blofsen Spaltungstriebes; wenn der höhere Wille blofs die An-

In zweiter Linie könnte man denken an die Menschen, welchen die öffentliche Anstalt ihre Leistungen macht: also die Armen, die Kranken, die Unterrichtsbedürftigen. Aber auch um ihretwillen kommt nur die Anstalt, nicht ihre besondere Ausstattung mit juristischer Persönlichkeit, in Betracht. Sie würden das Nämliche haben, wenn das Gemeindekrankenhaus, die Staatsschule, die sie aufnimmt, keine juristische Person wäre[6].

---

stalt wirken lassen will, kann er sie ja selbst behalten; also für wen die Verselbständigung? Das ist uns die Frage.

[6] Gierke, Gen. R. II. S. 967, spricht hier von „Personengesamtheiten, welchen die Stiftung zu Gute kommt", die sich lediglich „als Destinatäre ihres Nutzens" darstellen. Diese Destinatäre sind zwar (S. 970) „durch die Anstaltsperson verbunden und von ihr ergriffen", aber nur als „Willensobjekt"; sie sind ein „passiver Bestandteil", es giebt hier keine „aktive Mitgliedschaft der Verbundenen". Der nämliche Verband von passiven Mitgliedern schliefst sich aber unseres Erachtens um diese Anstalten auch dann, wenn sie noch nicht juristische Persönlichkeit haben, und schliefst sich um öffentliche Anstalten, die nie mit besonderer juristischer Persönlichkeit ausgestattet werden, wie Gericht, Post, Eisenbahn. Dafs man unsere juristische Person schlechthin als „öffentliche Anstalt" zu bezeichnen pflegt, führt eben hier zu der Verwechslung der Destinatäre der öffentlichen Anstalt mit den Destinatären der dafür gegebenen juristischen Person. So z. B. auch E. Mayer im Wörterbuch I S. 692. Bernatzik in Arch. f. öff. R. V S. 250 scheint die ersteren geradezu als die „Genossen" des „Gemeinwesens" bezeichnen zu wollen, das die Anstalt oder Stiftung vorstellen soll. Auch Merkel, Encyklop. § 190, fällt in die hier übliche Vermengung. Er bemerkt, dafs „bei den Stiftungen die Interessenten weder korporativ verbunden, noch von vornherein persönlich bestimmt sind". Das würde auf unsere „Angehörigen" passen; auch der Gegensatz stimmt: „wo die Interessenten korporativ verbunden sind"; das ist eben der Fall der öffentlichen Genossenschaft, deren Angehörige den grundlegenden Verein bilden. Allein die Interessenten der Stiftung sollen nach Merkel doch wieder einfach diejenigen sein, welchen die Anstaltsleistungen zu Gute kommen, also bei Wohlthätigkeitsstiftungen die Armen. „Statt zu sagen: diese Güter gehören jetzigen und künftigen Armen, für welche diese Güter fruchtbar gemacht werden sollen durch die Einrichtungen des Armenstifts Sct. Marx, sagen wir kurzweg: diese Güter gehören dem Armenstift Sct. Marx". Wir wollen gleich an dieses Beispiel anknüpfen. Setzen wir einmal den Fall: diese Anstalt, Sct. Marx genannt, gehöre nicht einer Stiftung, sondern einem Wohlthätigkeitsverein mit juristischer Persönlichkeit, einer öffentlichen Genossenschaft, wie das ja möglich wäre. Da sind dann „die Interessenten korporativ verbunden", nämlich die Vereinsmitglieder, die Genossen (unten n. 2). Und die Armen? Ihre Stellung zu dem Unternehmen, zu der Anstalt bleibt ganz und gar dieselbe, wie im Falle der Stiftung. Dafs sie nicht die Interessenten, die Angehörigen der juristischen Person sind, ist hier ganz klar. Sie können's also auch in jenem ersten Falle nicht sein, sondern andere Menschen, die nicht die Armen sind, müssen dort die Stelle der Korporationsmitglieder vertreten. Das sind aber die richtigen „Interessenten", auf die es uns allein ankommt.

Wenn man die einzelnen Anstalten betrachtet, welche in dieser Weise mit juristischer Persönlichkeit ausgestattet zu sein pflegen, so erkennt man sofort die Gesichtspunkte, nach welchen sie vor anderen öffentlichen Anstalten dazu auserwählt sind: es sind lauter solche, die geeignet erscheinen, die öffentliche Wohlthätigkeit herauszufordern, wie Krankenhäuser, Armenanstalten, Versorgungshäuser, kirchliche Anstalten, oder sonst dem Vertrauen des Publikums wegen Sicherheit des ihnen zu Überliefernden besonders empfohlen werden sollen, wie Sparkassen, Leihhäuser, Versicherungsanstalten. Die Menschen, auf welche es allein damit abgesehen ist, sind demnach solche, die an dem Zwecke der Anstalt derart teilnehmen, dafs sie ihr Mittel gewähren für ihren Betrieb. Sie haben das Interesse, dafs gerade diese Mittel für den Zweck der Anstalt erhalten bleiben, und die selbständige juristische Persönlichkeit sichert ihnen das zu.

Man kann allerdings behaupten, dafs auf diese Weise die juristische Persönlichkeit auch dem Interesse des Menschenkreises dient, dem die Anstaltsthätigkeit zu Gute kommt, sowie dem des ursprünglichen Herrn der Anstalt, d. h. des Rechtssubjekts, dem sie gehören würde, wenn keine besondere juristische Person dafür bestünde. Sie befördert das Gelingen dieses Unternehmens, woran beide interessiert sind,, sie befördert es, indem sie ein Lockmittel ist zur Beteiligung mit Zuwendungen und Mittelgewährungen. Darin liegt für den Staat der Beweggrund, für solche „Abzweigung eines Teilwillens“. Aber dieses Lockmittel ist sie eben nur dadurch, dafs sie den Gebern den Dienst leistet, das Gegebene getrennt zu halten. Um dieser willen ist sie zunächst da, sie sind die wahren Angehörigen der juristischen Person.

Diese Art von Angehörigen ist naturgemäfs nicht fest zu umgrenzen. Bei der Stiftung, die anfängt mit einer Zuwendung für ihren Zweck, ist der erste Geber wohl erkennbar, dem zu Liebe die juristische Person das Vermögen zusammenhält. Sie wirkt aber auch zu Gunsten derjenigen, die später mit ihren Gaben hinzukommen. Die Anstalt kann ebensogut mit diesem Sicherungsmittel aufgestellt sein, um Geber anzuziehen, ohne dafs schon eine bestimmte Person ins Auge gefafst wird; es ist fraglich, ob überhaupt Geber erscheinen. Aber die juristische Persönlichkeit ist doch nur um dieser möglichen Geber willen da. Dafs die Angehörigkeit in dieser Weise eine ganz unbestimmte ist, das macht die Eigenart dieser juristischen Persönlichkeit aus und hat seine wichtigen Folgen[7].

---

[7] Eine Lehre, die in unserer Rechtswissenschaft bedeutsamer Vertreterschaft sich erfreut, ist ja bestrebt, die juristische Person überall zurückzuführen auf einen

2. Den einfachen Gegensatz bildet der Fall, wo der Zweck der juristischen Person bezeichnet ist als der eines Vereines von Menschen, welchen sie dafür dient. Das ist das Besondere der öffentlichen Genossenschaft. Sie ist ein Verein mit juristischer Persönlichkeit zur Führung eines Stückes öffentlicher Verwaltung. Die Vereinsmitglieder sind zugleich die Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers[8]. Häufig werden sie auch diejenigen sein, welchen die Leistungen der Genossenschaft zu Gute kommen sollen: so bei Bewässerungsgenossenschaften, Forstgenossenschaften, Fischereigenossenschaften, Innungen. Wesentlich ist dieses Zusammentreffen nicht; das Unternehmen der Genossenschaft kann auch geradezu darauf gerichtet sein, Nichtmitgliedern zu Gute zu kommen: so bei Wohlthätigkeitsvereinen mit öffentlichrechtlicher Persönlichkeit und bei den Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung. Auch hier ist die juristische

---

Willen, der ihr irgendwie eingeflöfst worden ist und durch den sie lebt. Wo die juristische Person ihren Anfang genommen hat mit einer freigebigen Zuwendung, ergreift man natürlich gern die Gelegenheit, den erforderlichen Willen von diesem Stifter zu beziehen. Dessen Wille ist der juristischen Person eingepflanzt, in ihr fixiert, perpetuiert, verewigt, erstarrt. Foerster, Preufs. Priv.R. 3. Aufl. IV S. 404; Gierke, Gen.R. II S. 962; ders., Gen.Theorie S. 12 Note 3; ders. D.Priv.R. I S. 635; Meurer, Heil. Sachen S. 75 ff. Bei civilrechtlichen Stiftungspersönlichkeiten, Familienstiftungen u. dergl. wird sich diese Auffassung vielleicht ohne Schaden durchführen lassen. Auf das öffentliche Recht übertragen bedeutet sie aber die unnatürliche Zerreifsung einer einheitlichen Rechtsgestalt. Die Anstaltspersönlichkeit ist ganz dieselbe, ob die Mittel für ihr Unternehmen von Anfang an ganz durch einen Stifter geliefert sind, oder ob eine Gabe den Anstofs gab, die nur einen Teil des Aufwandes deckte, oder ob sie nur in Hoffnung auf zukünftige Anteilnahme geschaffen wurde. Ob ausgesprochenen oder mutmafslichen Wünschen der Geber bei Gestaltung der juristischen Person Rechnung getragen wird, macht keinen wesentlichen Unterschied.

[8] Die öffentliche Körperschaft ist dem gegenüber der weitere Begriff. Sie bedeutet eine juristische Person, die einen gegebenen Kreis von Menschen zu einem „Körper" zusammenfafst. Dazu gehört auch die Gemeinde, die ihrerseits nicht voraussetzt, dafs ihre Angehörigen einen Verein bilden, wie das bei der öffentlichen Genossenschaft der Fall ist. Vgl. die trefflichen Ausführungen von Rosin, öff. Gen. S. 40 ff. — In eigentümlicher Weise kommt die richtige Bestimmung des Gegensatzes zwischen Anstaltspersönlichkeit und Genossenschaft zum Ausdruck bei Piloty, Reichs-Unfallversicherungs-R. II S. 474 Note 2: „Der rechtliche Unterschied zwischen den Korporationen, welche Rosin öffentliche Anstalten nennt, und den übrigen öffentlichen Korporationen besteht m. E. nur in der verschiedenartigen Bezeichnung der Mitgliedschaft bei diesen und jenen." Darauf gründet sich in der That alles. Piloty aber sagt das in dem Sinne, als ob damit eine wissenschaftliche Unterscheidung nicht genügend gerechtfertigt sei, und nennt beides, Genossenschaft und Anstaltspersönlichkeit, Korporation. Damit sind wir natürlich nicht einverstanden.

Person selbst doch nur um der Genossen willen da, deren Zwecken sie dient, und darauf kommt es an. Es ist wieder geradeso zu unterscheiden, wie bei Anstalt und Anstaltspersönlichkeit[9].

Der Umstand, dafs ihre Angehörigen in einem geordneten Vereine um sie versammelt sind, wird bedeutsam für die weitere Ausgestaltung der Genossenschaftspersönlichkeit; diese erscheinen viel mehr als bei der Anstaltspersönlichkeit berufen, mafsgebenden Einflufs zu üben auf ihre Schicksale und insbesondere auf die Art ihrer Vertretung. Mehr als ein naturale ist das nicht. Ob bei der Rechtsverwirklichung diesem Zuge mehr oder minder nachgegeben wird, ändert nichts an ihrer grundlegenden Eigenart[10].

---

[9] Deshalb ist es nicht richtig, wenn E. Mayer im Wörterbuch I S. 693 den Gegensatz der Korporation zur Stiftung darauf stellen will, dafs bei jener „Verwalter und Destinatär zusammenfällt, bei der Stiftung nicht". Destinatäre „des Nutzens" sind hier gemeint; vgl. oben Note 6. — Es können sogar in einer und derselben Genossenschaft zweierlei Arten von Mitgliedern vereinigt sein, geniefsende (Destinatäre des Nutzens) und nicht geniefsende; Angehörige des Selbstverwaltungskörpers sind sie beide. So in den Orts-, Betriebs- und Baukrankenkassen des Kr.K.Ges. versicherte Arbeiter und nicht versicherte, aber doch beitragende Arbeitgeber. Beide sind Mitglieder; Loening, V.R. S. 557. Rosin, Öff. Gen. S. 60, will die Arbeitgeber nicht als Mitglieder ansehen wegen ihres „verschiedenartigen Interessenstandpunktes". Aber das Interesse, welches das Gesetz als ein gemeinsames für Arbeitgeber und Arbeiter ansieht, ist die Versicherung der Arbeiter; hierfür dient beiden die juristische Person; dafs den Nutzen der Einrichtung die Arbeiter schliefslich allein haben, ändert nichts daran. Hat ja doch die Berufsgenossenschaft der Unfallversicherung nur Mitglieder ohne solchen Nutzen.

[10] Windscheid, Pand. § 59 Note 3a: „So ist es das Natürliche, dafs aus ihnen (den Korporationsmitgliedern) der Wille der Korporation hervorgehe, und dieses Natürliche mufs als vom Rechte gewollt angesehen werden, soweit keine abweichende Bestimmung getroffen ist." Darauf beschränkt sich für uns das, was man wohl die „Immanenz des Willens" der Genossenschaft nennt im Gegensatz zu der „Transcendenz des Willens" der Stiftung: Gierke in Holtzendorff Rechtslex., Art. Jurist. Pers. II S. 422; ihm folgend namentlich Rosin, Öff. Gen. S. 22, S. 48. Das Wesen der Genossenschaft wird durch eine abweichende Ordnung ihrer Vertreterschaft nicht berührt. Nach Gierke a. a. O. S. 422 und Gen.R. II S. 971 ff. kann die Körperschaft wohl „anstaltliche Elemente" vertragen, d. h. ein gewisses Mafs von dem Einflufs staatlicher Behörden auf ihre Vertretung, wie er bei der Anstaltspersönlichkeit die Regel ist. Aber dieses transcendente Element darf nicht zu stark werden, sonst hört die Korporation auf und wird die Anstalt daraus. Für uns wäre eine juristische Person, die ihre Angehörigen in einem Verein geordnet hinter sich hat, auch dann noch Genossenschaft, wenn ein Regierungskommissar bestellt ist, um ihre Angelegenheiten diktatorisch zu verwalten. Umgekehrt kann ja auch eine Anstaltspersönlichkeit mit Ausschüssen versehen sein, die in irgend einer Weise der an dem Unternehmen interessierten Bevölkerung entnommen werden; dann spricht man von „korporativen Elementen" in der Anstalt; Rosin, Öff. Gen. S. 51 Note 42a; G. Meyer, V.R. I S. 659.

3. Die dritte Gruppe wird gebildet von der Gemeinde und den gemeindeartigen Selbstverwaltungskörpern höherer Stufe, sämtlich gestaltet nach dem Vorbilde des Staates[11].

Gemeinde und Staat stehen im Gegensatz zu der Anstaltspersönlichkeit dadurch, dafs ihre Angehörigen zusammengefafst sind zu einer abgegrenzten Mitgliederschaft; zu der Genossenschaft dadurch, dafs diese Zusammenfassung hier in ganz anderer Weise geschieht.

Der Verein, welchen die Angehörigen der Genossenschaft bilden, beruht auf obligatorischen Rechtsverhältnissen. Die Mitgliedschaft entsteht für jeden Einzelnen dadurch, dafs eine Verpflichtung für den Vereinszweck bei ihm begründet wird, durch freiwilligen Eintritt oder zwangsweise durch obrigkeitliche Auferlegung. Immer ist Verpflichtbarkeit die Voraussetzung; die Genossenschaft hat keine anderen als handlungsfähige oder gehörig vertretene Mitglieder; darum sind diese auch so ohne weiteres fähig und berufen, ihre Vertretung zu stellen.

Im Gegensatze dazu beruht die Zugehörigkeit zu Staat und Gemeinde nicht auf besonders begründeten Verpflichtungen, sondern ist eine rechtliche Eigenschaft der Menschen, ein status, erzeugt durch natürliche Zusammenhänge, denen Rechtsakte nur ergänzend und ändernd zur Seite treten.

Den Zusammenhang, der mafsgebend ist für die Angehörigkeit, liefert in erster Linie das jedem dieser Gemeinwesen zustehende Gebiet.

Für die landesherrliche Gewalt, auch wo sie schon im Namen eines gedachten Wesens, des Staates, ausgeübt wird, ist der Mensch zunächst nur Gegenstand und das Gebiet die äufserliche Grenze, innerhalb deren sie Macht hat über die Menschen. Unterthan des Staates ist, wer durch den Aufenthalt auf dem Gebiete seiner Macht unterworfen ist.

Ein Beispiel giebt die Invaliditäts- und Altersversicherungsanstalt nach Ges. 22. Juni 1889 § 48 ff. Die Anstaltspersönlichkeit bekommt aber dadurch keinen Verein abgegrenzt, für den sie da ist, und wird kein Mischgebilde; die äufsere Gestalt ihrer Vertretung ist auch für ihr Wesen gleichgültig.

[11] Die älteren Lehrbücher des Civilrechts unterscheiden bei ihrer Aufzählung der juristischen Personen: Korporationen, Stiftungen, Fiskus. Die Gemeinden werden als Personengesamtheiten zu den ersteren gerechnet und dem Fiskus entgegengesetzt. So z. B. Arndts, Pand. I § 47. Eine neuere Auffassung, sichtlich unter dem Einflufs Gierkes, unterscheidet Anstalten und Stiftungen einerseits und Körperschaften andererseits; die letzteren begreifen dann Genossenschaften, Gemeinde und Staat. So z. B. bei Regelsberger, Pand. I § 75 ff. Es scheint uns wichtig, dafs die Cäsur innerhalb der zweiten Gruppe schärfer betont werde.

In einem besonderen Sinne ist aber Unterthan der subditus perpetuus, der Staatseinwohner, der seinen ständigen Aufenthalt auf dem Gebiete hat; er ist ausgezeichnet vor dem vorübergehend anwesenden Fremden als Gegenstand besonderer Fürsorge und besonderer Anforderungen von seiten des Staates. Indem nun die Staatspersönlichkeit zu schärferer Ausprägung gelangt, tritt auch der Staatseinwohner in die feste bestimmte Stellung, die zu diesem Begriff gehört: er wird Staatsangehöriger. Der Staat ist die juristische Person für das Volk, d. h. für die Einwohnerschaft seines Gebietes, oder für das Vaterland, d. h. für das in der Einwohnerschaft lebendige Gebiet[12].

Die Gemeinde, die von ihrer genossenschaftlichen Vergangenheit losgelöst, fast zum blofsen Verwaltungsbezirk herabgedrückt worden war, erhält mit der Wiederbelebung ihrer Selbständigkeit die gleiche Art von Grundlage ihrer juristischen Persönlichkeit. Der Kreis der Gemeindeangehörigen grenzt sich ab durch das Gemeindegebiet: die Gemeindeeinwohnerschaft, die Bevölkerung des Gemeindegebietes bildet für sie ein Gemeindevolk, entsprechend dem grofsen Volk, das in der juristischen Persönlichkeit des Staates die Zusammenfassung seiner Interessen findet.

Vermittelt durch den Begriff des Gebietes, bestimmt also die thatsächliche Gemeinschaft des Wohnsitzes den Kreis der Angehörigen dieser juristischen Personen. Damit vereinbart es sich leicht, dafs familienrechtliche Beziehungen die Wirkungen dieser Thatsache noch weiter erstrecken können: das Kind erbt die durch den Wohnsitz des Vaters bestimmte Angehörigkeit, die Ehefrau erwirbt die des Mannes. Die grundlegende Bedeutung des Gebietes verschwindet aber auch dann nicht, wenn die Angehörigkeit geordnet ist nach den scheinbar entgegengesetzten Grundsätzen des bayrischen Heimatsrechts und des Reichsgesetzes über Bundes- und Staatsangehörigkeit. Der Wohnsitz im Gebiet erscheint hier allerdings nicht mehr als selbständiger Grund der Angehörigkeit. Aber die Verleihung derselben ist bedingt durch ihn, und ihr Verlust knüpft sich an den dauernden Wohnsitz im Ausland. Vor allem wird der Zusammenhang zwischen Wohnsitz und Angehörigkeit aufrecht erhalten durch die Möglichkeit der Versagung des Aufenthaltes auf unserem Gebiete für Nichtangehörige, die Aus-

[12] Seydel, Grundzüge S. 4, stellt als „begriffliche Erfordernisse" des Staates auf: „1. Land und Leute, welche 2. ein höchster Wille beherrscht". N. 1 giebt die Bestimmung der Angehörigen der juristischen Person, N. 2 ihre Vertretung. Diese juristische Person selbst will Seydel allerdings nicht anerkennen. Darüber Bernatzik in Arch. f. öff. R. V Seite 252 Note.

weisung, und durch den Anspruch auf Erwerb der Angehörigkeit auf Grund des Wohnsitzes, sofort oder nach einer gewissen Dauer. Auch bei diesem System bleibt die Übereinstimmung von Angehörigkeit und Einwohnerschaft immer der Ruhepunkt, auf welchen die Pendelschwingungen hinstreben.

In dieser Bedeutung des Gebietes für die Bestimmung der Angehörigkeit liegt die Verneinung und der Gegensatz des Vereinsbegriffs und damit auch der Unterschied dieser juristischen Personen von den öffentlichen Genossenschaften. Nennen wir diese mit Rücksicht auf ihre Grundlage der Angehörigkeit eine Vereinskörperschaft, so sind Staat, Gemeinde, und was ihnen gleicht, ihnen gegenüber als Gebietskörperschaften zu bezeichnen[13].

[13] Preufs, Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaft S. 261. Haenel in Arch. f. öff. R. V S. 464 und Rosin, Öff. Gen. S. 42 ff., betonen mehr die Bedeutung des Gebietes als räumliche Herrschaftsabgrenzung. Aber diese Bedeutung hat das Gebiet eben nur auch. Den Gegensatz zwischen Genossenschaft und Gemeinde, wie Rosin thut, in diese Gebietsherrschaft zu setzen, wird nicht angehen; die Ortsgemeinde, die Kreise, Provinzen verwalten in ihrem Gebiet, aber es wird doch darin in ihrem Namen nicht geherrscht, so wenig wie für Wassergenossenschaften, Berufsgenossenschaften in deren Sprengel. Preufs hat im wesentlichen an Gedanken angeknüpft, die bei Gierke schon entwickelt worden waren, namentlich Gen.R. II S. 870, 871: „Die Gebietskörperschaft beruht darauf, dafs die territoriale und örtliche Grundlage den ihr entsprechenden Personenverband in wesentlichen Beziehungen durchdrang“. So bestimmt sich die Mitgliedschaft durch die Gebietsangehörigkeit und wird das Gebiet, wie Preufs gut sagt, zum principium individuationis für die juristische Person. Abweichend von Gierke wird aber hier weiter geschieden: wo die Gebietsangehörigkeit zunächst die Pflicht oder das Recht erzeugt, einem Verein anzugehören, der seinerseits juristische Persönlichkeit hat, haben wir eine Genossenschaft vor uns wie eine andere; das Gebiet ist nur von mittelbarer Bedeutung. Die Gebietskörperschaft in unserem Sinn liegt nur da vor, wo die Gebietsangehörigkeit unmittelbar auch die Angehörigkeit an die juristische Person bestimmt. — Aus der Zusammensetzung mehrerer gleichartiger Gebietskörperschaften kann eine obere Gebietskörperschaft, ein höherer Kommunalverband sich bilden. Dabei entsteht entweder für die Einwohner eine doppelte Angehörigkeit, zu dem unteren und zu dem oberen Körper; oder jeder gehört unmittelbar nur zu seinem unteren Körper, und diese bilden ihrerseits wieder die Angehörigen des oberen; vgl. Bl. f. adm. Pr. 1887 S. 290. — Sehr lehrreich O.V.G. 2. März 1889: Dem hannoverischen Amtsversammlungsbezirke war die juristische Persönlichkeit bestritten worden. Der Gegner behauptete, es gebe blofs zwei Arten: entweder die Vereinskörperschaft, beruhend auf einer Anzahl physischer Personen, oder die öffentliche Anstalt oder Stiftung, bestehend aus einem mit Rechtsfähigkeit versehenen Vermögen (vgl. oben Note 11). Hier treffe keines zu. Dem stellt nun das O.V.G. die Gebietskörperschaft als das dritte entgegen: „Das bestehende Recht baut die kommunalen mit Korporationsrechten versehenen Ver-

Doch ist es nicht nötig, auf diesem Namen und der damit hervorgehobenen Seite des mafsgebenden Zusammenhanges zu bestehen. Bei einem System, wie das der reichsrechtlichen Staatsangehörigkeit oder des bayrischen Heimatsrechts, tritt vielleicht das Gebiet doch allzusehr in zweite Linie. Dann würde man als die Grundlage der Angehörigkeit nur eine andere Art von natürlichen Beziehungen erhalten. Denn Aufnahme und Entlassung sind doch nur Modifikationen gegenüber den ordentlichen Bestimmungsgründen, die sich aus den familienrechtlichen Zusammenhängen ergeben, aus Abstammung und Verehelichung. Wir hätten im Staats- und Gemeindevolke statt einer Einwohnergemeinschaft eine Stammesgemeinschaft zu sehen. Für die Eigenart dieser juristischen Personen in ihrem Gegensatz zur Genossenschaft macht das keinen Unterschied [14].

Die Gemeinde, wie der Staat, erhält ihre Angehörigen bestimmt durch gewisse natürliche Merkmale, die sie umfassen ohne Rücksicht auf ihre sonstigen Eigenschaften und Fähigkeiten, Männer, Frauen und Kinder, wie sie eben ein Volk bilden. Das ist wieder von grundlegender Wichtigkeit für die weitere Ausgestaltung der Verfassung und namentlich der Vertretungsordnung. Nichts wäre unrichtiger, als einfach das Schema der Genossenschaft darauf zu übertragen. Hier sind keine gegebenen, natürlichen Rechte auf Vertreterschaft. Kein Verein, kein contrat social liegt zu Grunde. Geschichtliche Entwicklung und vernünftige Verteilung der Macht durch bewufste Ordnungen bestimmen alles [15].

---

bände teils, wie namentlich die Gemeinde, auf die Grundlage von innerhalb eines bestimmten räumlich abgegrenzten Bezirkes durch Wohnsitz, Grundbesitz u. s. w. in rechtliche Gemeinschaft tretenden Personen, oder auch auf die von kommunalen Korporationen niederer Ordnung auf."

[14] Preufs a. a. O. S. 283.

[15] Daher die gute Unterscheidung von Staatsangehörigen und Staatsbürgern, Gemeindeangehörigen und Gemeindebürgern; die öffentliche Genossenschaft hat lauter Genossenschaftsbürger. Haenel, St.R. I S. 81 ff., erklärt den Staat für einen „korporativen Verband"; die Mitglieder dieses Verbandes, die Staatsangehörigen sind „von Seiten ihrer Pflichtstellung Unterthanen, von Seiten ihrer Rechtsstellung Staatsbürger"; das ist genossenschaftliche Auffassung. In Wahrheit bilden aber die allein mit politischen Rechten ausgerüsteten Staatsbürger eine besonders geordnete Auslese unter den Staatsangehörigen, wie sie die Genossenschaft nicht hat.

§ 57.

Entstehung des Selbstverwaltungskörpers.

Es giebt zahlreiche juristische Personen, die uns überliefert sind aus früheren Rechtszuständen. Sie verdanken ihre Entstehung den der entsprechenden Entwickelungsstufe eigenen Gründen, der selbständigen Kraft der Einung, dem Gewohnheitsrecht, dem verliehenen Privilegium. Ob diese jetzt noch wirken könnten, ist gleichgültig; sie bestehen fort, so lange sie nicht in rechtswirksamer Weise aufgehoben werden. Sie gehören teils dem Civilrecht, teils dem öffentlichen Rechte an; um diese Ausscheidung zu machen, verfahren wir mit ihnen nach dem dafür geltenden Mafsstabe des heutigen Rechtes (oben § 55, II u. III).

Was wir hier zu betrachten haben, das ist die Frage, wie es sich verhält, wenn ein solcher Körper jetzt neu entstehen soll? Welches sind dafür die Regeln des heute geltenden Rechtes?

Die Rechtswissenschaft befindet sich zur Zeit noch in vollem Streit. Wo keine ausdrückliche Gesetzesbestimmung vorliegt, wollen die einen die juristische Person nur gründen auf besondere staatliche Verleihung, die anderen lassen sie bei sonst gegebenen Vorraussetzungen von selbst entstehen kraft allgemeinen Rechtssatzes, den nötigenfalls die gemeine Gewohnheit, vielleicht auch das Naturrecht liefert[1]. Für uns wird die Frage vereinfacht durch die Ausscheidung, mit der wir beginnen. Wir haben es nicht mit den juristischen Personen des Civilrechtes zu thun; auch nicht mit der obersten juristischen Person des öffentlichen Rechtes, dem Staate; sondern allein mit den ihm untergeordneten, die wir als Selbstverwaltungskörper bezeichnen[2]. Für diese

[1] Darüber Stobbe, D.Pr.R. I S. 462 ff.; Gierke, D.Pr.R. I S. 463 ff.; Regelsberger, Pand. I S. 308 ff. — Man darf natürlich nicht überall eine juristische Person finden wollen, wo nur in der Ausdrucksweise, um der anschaulicheren Vorstellung willen, Einrichtungen aller Art, namentlich Ämter, behandelt werden wie Personen, die Rechte haben, vertreten werden, Geschäfte vornehmen. Ein merkwürdiges Beispiel solcher Verwechslung bietet Bernatzik in Arch. f. öff. R. V. Ich hatte in Theorie d. franz. V.R. S. 27 ausgeführt, in der Behördenordnung trete das Amt als das Bleibende „für die praktische Anschauung in den Vordergrund; es wird behandelt wie ein Wesen für sich, fast persönlich". Das citiert Bernatzik a. a. O. S. 174 mit Mifsfallen und behauptet dann S. 213 und S. 214 frischweg, ich hätte gesagt, „dafs Ämter fast Persönlichkeit besitzen".

[2] Pfeifer, Jur. Pers., der das Verdienst hat, diese Unterscheidung besonders sorgfältig durchzuführen, gelangt alsbald zu der Erkenntnis, dafs auch bei ihrer Entstehung „die öffentlichen Korporationen und die Privatkorporationen anderen Regeln folgen" (S. 51).

aber ergiebt sich die Beantwortung der Frage unmittelbar aus ihrem begrifflichen Wesen. Sie sind dazu da, ein Stück öffentlicher Verwaltung in eignem Namen zu haben und zu führen. Um sie zu schaffen, mufs ein solches abgelöst werden von dem eigentlichen Subjekt aller öffentlichen Verwaltung; der Staat giebt von seinem Eignen, wenn er eine derartige juristische Person anerkennt. Nur durch den Willen des Staates kann ein Selbstverwaltungskörper neu entstehen. In dieser schöpferischen Willensäufserung liegt also der juristische Schwerpunkt des Vorganges.

Nicht ausgeschlossen ist, dafs auch die Einzelnen, für welche die juristische Person da sein soll, ihre künftigen Angehörigen, dabei zur Mitwirkung kommen. Das kann in verschiedenem Mafse und verschiedener Form der Fall sein. Je nachdem nimmt auch die abschliefsende staatliche Willensäufseruhg verschiedene Gestalt an.

I. Der Selbstverwaltungskörper kommt immer nur zustande durch den staatlichen Willen. Die juristische Person ist aber dazu da, ein gemeinsames menschliches Interesse in der für Personen gegebenen Rechtsordnung zu vertreten (oben § 55, I n. 2). Sie kann in diese nur gestellt werden durch eine Willensäufserung, welche berufen ist, zu bestimmen, was Rechtens sein soll, mafsgebend für alle Rechtshandhabung. Solche Willensäufserungen macht der Staat in Form des Rechtssatzes und in Form des Verwaltungsaktes (Bd. I § 7 u. 8). Wie kommen diese Formen hier zur Verwendung?

1. Es ist zunächst eine Frage des staatlichen Verfassungsrechtes, ob die Schaffung juristischer Personen zum vorbehaltenen Gebiete des Gesetzes gehört, ob eine gesetzliche Grundlage dafür nötig ist.

Für juristische Personen des Civilrechtes ist die Frage jedenfalls zu bejahen. Die ganze Civilrechtsordnung gehört der gesetzgebenden Gewalt von Natur (Bd. I § 6 Note 11). Der Staat wird also solche Personen nur schaffen können durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes.

Bezüglich der Selbstverwaltungskörper steht es wesentlich anders. Es wird damit nicht eingegriffen in die Civilrechtsordnung. Dafs diese juristischen Personen, einmal geschaffen, auch civilrechtlich in Betracht kommen können, ist eine Nebenwirkung des öffentlichrechtlichen Vorgangs, die nicht mafsgebend sein kann für seine Beurteilung. Es handelt sich auch nicht um die Abgrenzung eines neuen Lebensgebiets, in welchem dem Einzelnen, statt einer natürlichen, eine juristische Person gegenübertreten soll. Die ganze öffentliche Verwaltung gehört von Haus aus juristischen Personen; es wird nur eine neue abgezweigt.

Die freie Schaffung von Selbstverwaltungskörpern durch die Regierung könnte freilich insofern dem Geiste des Verfassungsstaates widersprechen, als jede solche Übertragung öffentlicher Verwaltung die bestehenden Verantwortlichkeitsverhältnisse durchbricht: ihre Vertreter sind der Volksvertretung nicht verantwortlich und das Ministerium, sofern ihm nicht ein besonderer Einflufs vorbehalten wird, ist es nicht für sie. Allein ein Mifsbrauch in dieser Beziehung würde ja die Verantwortlichkeit des Ministeriums schon für sich selbst begründen. Im übrigen zieht dafür mit der fortschreitenden gesetzlichen Festlegung der Behördenordnung der Vorrang des Gesetzes immer engere Grenzen; Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse, die selbst der gesetzlichen Grundlage bedürfen, an den Selbstverwaltungskörper wäre ohne Gesetz ohnedies nicht zulässig. Das genügt.

Grundsätzlich müfste also die Schaffung von juristischen Personen des öffentlichen Rechtes durch die Regierung allein, ohne Gesetz möglich sein. Die Form dafür wäre nur die des Verwaltungsaktes; Rechtssätze, Verordnungen, kann sie ohne Gesetz nicht machen[3].

2. Die juristische Person des Civilrechtes kann in der Weise entstehen, dafs ein Rechtssatz ausspricht: bei Erfüllung der und der Voraussetzungen soll die juristische Person vorhanden sein. Die Erfüllung dieser Voraussetzungen ist dann Sache der Einzelnen, die ein Interesse daran haben.

Eine derartige Entstehungsweise widerspräche der Natur des Selbstverwaltungskörpers. Die Abzweigung eines Stückes öffentlicher Verwaltung kann nicht durch den Willen der Unterthanen bewirkt werden. Die Rechtssatzmäfsigkeit allein thut's nicht: der Selbstverwaltungskörper mufs eine S c h ö p f u n g des Staates sein, dessen

[3] Die Frage, die wir hier aufwerfen, ist für die Rechtshandhabung bedeutsam genug. Man kommt aber in der herrschenden Lehre dadurch an ihr vorbei, dafs man bei der Schaffung einer juristischen Person immer einen Rechtssatz verlangt; da ist dann freilich die gesetzliche Grundlage unentbehrlich (Bd. I S. 76). Um das aufrecht zu erhalten, wird selbst im Einzelakt, der eine juristische Person schafft, ein Rechtssatz gefunden. So besonders scharf G i e r k e, Gen.Theorie S. 21: „Wenn daher der Staat Rechtssubjektivität beilegt, so produziert er hierdurch niemals ein Rechtssubjekt, sondern er schafft entweder oder konstatiert einen Rechtssatz, welcher das Dasein eines Rechtssubjektes bejaht“. Uns ist durch den Begriff des Verwaltungsaktes, der, ohne einen Rechtssatz zu schaffen, bestimmt, was Rechtens sein soll, die Möglichkeit und die Notwendigkeit einer anderen Auffassung gegeben. Die Lösung der Fragen, die damit erst auftauchen, kann nur gefunden werden durch das Zurückgehen auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze von den getrennten Gewalten.

Wille auf ihn gerichtet ist[4]. Das geschieht am vollkommensten in der Form der Einzelverfügung, mit oder ohne ermächtigendes Gesetz dahinter. Wo ein Rechtssatz bestimmt, dafs in gewissen Fällen ein Selbstverwaltungskörper entstehen soll, wird sich zur Wirksammachung desselben im Einzelfall immer erst noch ein Verwaltungsakt, eine Entscheidung dazwischen schieben, die dem staatlichen Schöpfungswillen die Bestimmtheit des Gegenstandes giebt. Unmittelbare Wirkung wird ein allgemein lautendes Gesetz dieses Inhalts nur dann beanspruchen, wenn es die Fälle, für welche es zutrifft, in bestimmten Gestalten schon vor sich hat. Das Hauptbeispiel dafür bietet die Erhebung von bisherigen blofsen Verwaltungsbezirken zu Selbstverwaltungskörpern.

3. Der neugegründete Selbstverwaltungskörper erhält seine Verfassung. Gewisse wesentliche Stücke derselben sind in der Entstehung der juristischen Person notwendig schon enthalten: sie bekommt ihre Individualität ja nur durch die Bestimmung ihres Zweckes nach Gegenstand der Thätigkeit, räumlichen Grundlagen und Angehörigenschaft (oben S. 376 ff.). Zu ihrer Lebensfähigkeit gehört aber auch die Vertretungsordnung. Diese kann nachträglich hinzukommen ebenso wie etwaige genauere Bestimmungen des Zweckes.

Die Verfassung kann rechtssatzmäfsig bestimmt sein. Das ist namentlich der Fall bei den vorgefundenen Gemeinden, die neu geordnet, und bei neuen Gebietskörperschaften, die durch allgemein lautendes Gesetz geschaffen werden. Aber auch wo die Entstehung durch Verwaltungsakt bewirkt wird, kann eine solche rechtssatzmäfsige Ordnung im voraus gegeben sein. Das kann soweit gehen, dafs der Verwaltungsakt nur noch den Einzelfall bestimmt, in welchem eine mit der fertigen Verfassung ausgerüstete juristische Person ins Leben tritt.

Die Verfassung kann aber auch durch den schöpferischen Verwaltungsakt im Einzelfall bestimmt werden, neben rechtssatzmäfsigen Bestimmungen, soweit diese dafür Raum lassen, oder ganz frei, wo solche nicht gegeben sind. Eine derartige Bestimmung der Verfassung für den Einzelfall nennen wir das Statut des Selbstverwaltungskörpers. Dabei kann eine Mitwirkung der Angehörigen des Selbst-

[4] Gierke, Gen.Theorie S. 21 ff., führt aus, es sei bei der Entstehung der juristischen Person scharf zu unterscheiden zwischen dem, „was der Staat als Rechtsorgan, und dem, was der Staat als lebendiges Machtwesen leisten soll und kann“. Diese letztere Seite des Staates ist nach uns bei der Entstehung von Selbstverwaltungskörpern in Frage; er verwaltet, indem er sie schafft. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, dafs er damit zugleich etwas für die Rechtsordnung Bedeutsames setzt.

verwaltungskörpers stattfinden, oder es können allgemeine Anweisungen dafür bestehen (Normalstatuten); das Wesen des Statuts wird dadurch nicht geändert[5].

Das Anwendungsgebiet dieser Statuten bilden öffentliche Stiftungen und Genossenschaften.

II. Die Mitwirkung, welche den Angehörigen des künftigen Selbstverwaltungskörpers bei seiner Entstehung zukommt, richtet sich wieder ganz nach der Verschiedenheit ihres Grundverhältnisses zu diesem, nach der Art des Selbstverwaltungskörpers.

1. Die öffentliche Anstalt mit juristischer Persönlichkeit kann entstehen ohne Angehörige in Erwartung künftiger. Sie wird dann einstweilen mit Mitteln des Staates oder der Gemeinde ausgestattet oder auch ganz ohne Mittel aufgestellt werden. Sie kann aber auch schon von Anfang an Angehörige, Stifter haben. Diese liefern thatsächliche Voraussetzungen, ohne welche der Staat die Schöpfung vielleicht nicht für angemessen halten würde. Ihre Wünsche werden demgemäfs auch einen thatsächlichen Einflufs üben auf den Inhalt des staatlichen Willensaktes, der die juristische Person schafft und ihre Verfassung regelt; Zweckbestimmung und Vertretungsordnung werden sich in gewissem Mafse nach ihnen richten.

2. Die öffentliche Genossenschaft bedarf zu ihrer Ent-

---

[5] Rosin, Öff. Gen. S. 141 Note 52. — Diese Verfassungsstatuten, wie die einfachen Vereinsstatuten (Bd. I S. 128), sind nicht zu verwechseln mit den Statuten, welche die geschaffene juristische Person kraft ihrer Autonomie erlassen mag. Die letzteren enthalten Rechtssätze, die ersteren nicht. Bei Bolze, Begriff der jurist. Pers. S. 174, werden diese Dinge durcheinandergeworfen. — R.G. 24. April 1883 (Samml. IX S. 261) und R.O.H.G. 11. Jan. 1873 (Samml. IX. S. 130) handeln von landesherrlich genehmigten Verfassungsstatuten juristischer Personen des öffentlichen Rechts, der Preufs. Rentenversicherungsanstalt und der Provinzial-Feuer-Societäten. Diesen wird die Eigenschaft von Gesetzen, d. h. von staatlich aufgestellten Rechtssätzen abgesprochen. Sie sollen aber im Verhältnis zu den Versicherten die Bedeutung von „privatrechtlichen Vertragsnormen“ haben, d. h. wirksam werden als stillschweigend bedungener Vertragsinhalt. Dazu wird allerdings das Verfassungsstatut häufig geeignet sein: es bezeichnet das Unternehmen, dessen Führung den Zweck der juristischen Person ausmacht, und je mehr es dabei in Einzelheiten geht, desto wichtiger wird es für alle abzuschliefsenden Rechtsgeschäfte, die sich notwendig darauf beziehen. Es ist für diese eine „Privatnorm“ in demselben Sinne, wie ein Eisenbahnbetriebsreglement für die Frachtverträge der Bahn. Gierke, Gen.Theorie S. 164 und Note 2 a. E., will jenen Statuten zwar keinen Theil zugestehen an den „publizistischen Eigenschaften der Gesetze“, aber daraus wäre „keineswegs der Schlufs zu ziehen, dafs es sich nicht um objektives Recht handelt.“ Wir wüfsten nicht, welcher Art von Rechtsquelle diese Rechtssätze dann zugeschrieben werden könnten.

stehung eines Kreises von Angehörigen, eines Vereins, der ihre Grundlage bildet. Fertig als juristische Person des öffentlichen Rechtes wird auch sie immer nur durch den staatlichen Willensakt. Aber der Wille der Genossen kann rechtlich bindend sein für diesen Akt, und umgekehrt kann der staatliche Wille auch die Herstellung des Vereins bewirken, der die Voraussetzung seiner Schöpfung ist. Dadurch ergiebt sich hier eine gewisse Mannigfaltigkeit von Entstehungsformen[6].

Die ursprünglichste Art wäre die, wo man beiderseits frei ist. Die Beteiligten bilden freiwillig ihren Verein und suchen nach um Anerkennung als juristische Person, welche dann die Regierung ihrerseits nach freiem Ermessen erteilt oder versagt. Das hat eine gewisse Verwandtschaft mit dem Fall der Gründung einer öffentlichen Anstalt, nur dafs die Einzelnen nicht blofs den thatsächlichen Anstofs geben für den staatlichen Willensakt, sondern auch die Voraussetzung seiner rechtlichen Möglichkeit, ohne welche er nicht stattfinden könnte[7].

Die zweite Form besteht darin, dafs die Bildung des Vereins frei ist, die Anerkennung als öffentlichrechtliche Genossenschaft gebunden. Das Gesetz giebt unter gewissen Voraussetzungen dem Verein einen Rechtsanspruch auf den staatlichen Akt, der ihn zur juristischen Person des öffentlichen Rechtes macht. Immer ist es auch hier der Staat, die Behörde, deren Wille diese erzeugt; aber ihr Wille ist gebunden durch den Willen der künftigen Angehörigen[8].

---

[6] Zusammenstellung bei Rosin, Öff. Gen. S. 129 ff. Er bildet zwei Hauptgruppen, je nachdem der Anstofs ausgeht von der Behörde oder von den Vereinsgenossen. Fertig wird die Sache aber doch immer erst durch „eine Aktion des Staatswillens“. Danach scheint uns die Frage nach der juristischen „causa efficiens“ (a. a. O. S. 138 Note 37) von selbst beantwortet. Die dritte Gruppe, welche Rosin aufserdem noch anerkennt, umfassend zwei Fälle, wo „dritte Persönlichkeiten“ mafsgebend eingreifen, hat keine Berechtigung; vgl. unten Note 9 und 10.

[7] Der staatliche Akt, der die juristische Person herstellt, wird bezeichnet als „Verleihung der juristischen Persönlichkeit“, „Genehmigung der Statuten“, sogar als „Anerkennung des Vereins als einer öffentlichen Anstalt“.

[8] Die Gebundenheit der Behörde kann im Gesetz so ausgedrückt sein, dafs sie ihre Zustimmung oder Genehmigung nur versagen darf, wenn bestimmte Gründe vorliegen; Beispiel Gew.O. § 98b (Innungen). Der Gründungshergang kann auch geteilt sein, sodafs zuerst darüber entschieden wird, ob die Genossenschaft überhaupt entsteht, und sodann erst ihre Verfassung und namentlich ihre Vertretungsordnung genauer bestimmt wird durch ein Statut. Dabei ist möglicherweise die Behörde bezüglich des einen Aktes gebunden, während sie bezüglich des anderen nach freiem Ermessen bestätigt oder verwirft oder gar den Inhalt selbständig ordnet; Beispiel in Unf.Vers.Ges. v. 6. Juli 1884, § 12 und 20.

Wo das staatliche Interesse am Zustandekommen der öffentlichen Genossenschaft stärker ist, wird es sich darin äufsern, dafs die Bildung des grundlegenden Vereins rechtlich begünstigt wird. Die nächste Form dafür ist die des halben Zwangs. Das Gesetz bestimmt gewisse Merkmale, welche zur Mitgliedschaft einer zu bildenden Genossenschaft berufen. Alle, bei welchen diese zutreffen, können durch Mehrheitsbeschlufs der Mitbeteiligten verbunden werden, sich dazu herzugeben. Fertig wird die also ermöglichte Genossenschaft erst durch den obrigkeitlichen Akt, der sie für begründet erklärt und seinerseits entweder mit freiem Ermessen erlassen wird oder mit rechtlicher Gebundenheit gegenüber dem die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllenden Vereinsbeschlufs [9].

Endlich kann die Regierung ermächtigt sein, die Genossenschaft allein und unabhängig von dem Willen der Beteiligten zu gründen. Dazu bedarf es der gesetzlichen Grundlage, die auch die Merkmale bezeichnet, nach welchen die Zugehörigkeit sich bestimmen soll. Die öffentliche Genossenschaft wird dann gebildet in Form der Zwangsvereinigung: der Verwaltungsakt giebt ihr zugleich ihre Verfassung und ihre Mitglieder [10].

---

[9] Beispiele geben die landwirtschaftlichen Genossenschaften für Bewässerung und Entwässerung, Deichschutz, Forstbetrieb; vgl. Bayr. Ges. über Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen v. 28. Mai 1852 Art. 6. — Statt von einer Mehrheit von Angehörigen kann die Vereinsgrundlage auch geschaffen werden von einem besonders hervorragenden Mitgliede, dessen Willenserklärung das Gesetz dafür genügen läfst. So nach Krank.Vers.Ges. § 61 vom Fabrikherrn behufs Errichtung einer Fabrikkrankenkasse. Sein Antrag genügt, damit die Behörde ermächtigt sei, durch Genehmigung der Statuten die öffentliche Genossenschaft entstehen zu lassen. Beschäftigt er mehr als 50 Arbeiter, so ist er sogar berechtigt zur Errichtung der Kasse, das will sagen, die Behörde ist gebunden, seinem Antrage Folge zu geben. Für Rosin, Öff. Gen. S. 140, bildet das eine besondere Art der Entstehung der Genossenschaft, insofern sie hier auf dem Willensentschlusse einer „dritten Persönlichkeit" beruhte. Das hängt damit zusammen, dafs er unrichtigerweise den Arbeitgeber nicht als Mitglied der Genossenschaft gelten läfst (oben § 56 Note 8).

[10] Unf.Vers.Ges. v. 6. Juli 1884 § 15: Bildung der Berufsgenossenschaft durch den Bundesrat. Ebendahin gehört die Bildung der Ortskrankenkassen durch die Gemeinden nach Krank.Vers.Ges. v. 10. April 1872 § 16 ff. Die Gemeindebehörde beschliefst entweder selbständig über die Notwendigkeit (§ 16: „sind berechtigt zu errichten"), oder wird von der höheren Verwaltungsbehörde dazu angehalten (§ 17: „kann die Gemeinde verpflichtet werden, ... zu errichten"). Eine Zweiteilung des Gründungshergangs besteht wieder insofern, als der besondere Inhalt des Statuts immer nur unter Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde festgesetzt wird. Die Gemeinde aber, bei welcher die ordentliche Zuständigkeit liegt, erscheint an Stelle des Staates als Schöpferin der juristischen Person, gerade so,

3. Die Gebietskörperschaft bedarf zu ihrer Entstehung des Stückes Volk, für welches sie bestimmt ist. Wenn die Entstehung stattfindet im Zusammenhang umfassender Neuorganisationen, die ja nur durch Gesetz erfolgen können, wird eine Mitwirkung der Beteiligten nicht zu rechtlicher Bedeutung gelangen; das öffentliche Interesse überwiegt dann so, dafs die Bevölkerung einfach von Staatswegen an die neugeschaffenen Selbstverwaltungskörper verteilt wird. Nur bei Verschiebungen zwischen den bestehenden Gebietskörperschaften durch Abzweigung einer neuen oder Teilung ist eine Neuentstehung denkbar, bei welcher den Beteiligten ein gewisser Einflufs eingeräumt wäre, sei es, dafs sie nur gehört werden, sei es, dafs ihre Zustimmung erforderlich ist, damit die Regierung die Änderung vornehmen könne. Wer diese Beteiligten sind, das ist hier nicht so von selbst gegeben wie bei der Genossenschaft: es können die Vertretungen der bisherigen Selbstverwaltungskörper dazu berufen sein, oder die Einwohner des betroffenen Gebiets oder aus diesen wieder besondere Interessenten allein, z. B. Grundbesitzer, die dann in Versammlungsbeschlüssen oder in Abstimmungen nach Art der Wahlen zu Worte kommen. Es ist Sache positiver gesetzlicher Ordnung, das Entsprechende zu bestimmen.

§ 58.

Das Recht der Vertreterschaft.

Die juristische Person des Selbstverwaltungskörpers erhält ihre Vertretung, um handlungsfähig zu sein, durch die verfassungsmäfsig dazu berufenen Menschen. Diese bilden zusammen seine Vertreterschaft. Sie sind für ihn, was im staatlichen Verfassungsrecht die Träger der obersten Gewalt. Darunter können, wie dort, noch andere Vertreter stehen, Vertreter zweiten Rangs mit abgeleitetem Auftrag zur Besorgung der Geschäfte. Nur von der verfassungsmäfsigen Vertreterschaft ist hier die Rede[1].

---

wie sie auch öffentliche Stiftungen von örtlicher Bedeutung, wie Spitäler, Sparkassen u. s. w. kraft Selbstverwaltungsrechtes zu gründen vermag. Woedtke, Kom. z. Krank.Vers.Ges. § 16 Note 4: „Die Errichtung der Kasse geschieht durch Errichtung des Kassenstatuts und liegt als obrigkeitliche Funktion dem Vorstande der Gemeinde ob". Rosin, Öff. Gen. S. 140, behandelt das mit Unrecht wieder als einen Fall der Begründung durch Willensentschlufs einer „dritten Persönlichkeit". Indem die Gemeinde an Stelle des Staates wirkt, ist sie die erste Persönlichkeit.

[1] Über diesen Unterschied vgl. Mot. z. Entw. d. B.G.B. Bd. I S. 94 ff. S. 102 ff.; Gierke in Schmollers Jahrb. VII S. 1143.

Die zu solcher Vertretung Berufenen werden wirksam als Einzelne oder in Kollegien (Ausschüssen) oder in Versammlungen. In diesen Formen bilden sie die Vertretungseinheiten des Selbstverwaltungskörpers, oder wie man zu sagen pflegt, seine Organe. Die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen ihnen, die gegenseitigen Verhältnisse von Abhängigkeit und Bedingtheit sind Gegenstand einer wohlberechneten Ordnung nach dem Muster der staatlichen Behördenorganisation, von der sie schliefslich ein Zubehör bilden. Wir haben sie hier nicht darzustellen (Bd. I § 2, I)[2].

Die Berufenen selbst erscheinen aber dabei persönlich in sehr verschiedener Rechtsstellung. Das Recht, durch welches diese geordnet wird, nennen wir das Recht der Vertreterschaft. In der Lehre von der öffentlichen Dienstpflicht haben wir die entsprechende innere Seite der Behördenordnung dargestellt. Das dort Ausgeführte gilt auch hier, aber die Eigenart des Selbstverwaltungskörpers bringt Neues und Besonderes.

Die Verschiedenheit der Rechtsstellung der Vertreter hängt vor allem an der Art, wie die Fähigkeit zur Vertretung bei ihnen begründet ist. Sie kann beruhen auf dem Rechte der Angehörigkeit zum Selbstverwaltungskörper oder auf dem Rechte eines Amtes, das ihnen übertragen ist namens des Selbstverwaltungs-

---

[2] Das Wort „Organ" spielt hier wieder eine grofse Rolle. Unserer Auffassung nach ist es ein abkürzender Ausdruck, um die Stelle zu bezeichnen, von welcher der Wille der juristischen Person, d. h. der für sie geltende, ausgeht; diese Stelle kann von einem oder mehreren oder einer Gesamtheit von Vertretern gebildet sein. Es steht damit ähnlich, wie mit dem Begriff der Behörde (Bd. I S. 96 Note 2). Man möchte aber das Organ selbst zu einer besonderen Art von wollendem Subjekt machen. Gierke, a. a. O. S. 1138, erklärt es als „Gliedperson, in deren Wollen und Handeln sich verfassungsmäfsig die unsichtbare Lebenseinheit der Gesamtheit manifestiert." Das entspricht der überall durchgeführten Lehre von dem „Sich durchdringen" verschiedener Persönlichkeiten. Wer diesen Gedanken nicht voll annehmen will, opfert dann entweder das Organ dem Vertreter oder umgekehrt. So ist bei Bernatzik in Arch. f. öff. R. V S. 230 ff. jeder Teil des Organismus, welcher an dessen Willensbildung teil hat, Organ. Also nicht das Gericht wäre das Organ, sondern der Landgerichtsrat. Jellinek, Subj. öff. Rechte S. 214 ff., wirft Bernatzik mit Recht vor, dafs er damit die von ihm verteidigte „organische Staatslehre" verleugnet. Er unterdrückt dafür seinerseits den Vertreter: „Als Staatsorgan ermangelt die physische Individualität der Persönlichkeit" (S. 140). Der Organwille ist nicht der Wille des Vertreters, sondern der des Organs (S. 213). Es ist eine „selbstverständliche Thatsache", dafs der Organwille durch Rechtssätze aus dem Individualwillen „destilliert" wird (S. 215 Note). Es wird also von dem Vertreter ein Stück Wille abgelöst, dann braucht man ihn nicht mehr.

körpers oder namens eines oberen Gemeinwesens. Je nach der Art des Selbstverwaltungskörpers tritt bald die eine, bald die andere Form in den Vordergrund und werden sie im einzelnen verschieden gestaltet.

I. Die Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers, die Menschen, um deren willen er da ist, sind auch bestimmt, ihm seine Vertretung zu liefern. In welchem Maſse das wirklich geschieht, das hängt in erster Linie ab von ihrer Geeignetheit, d. h. von der Art des Selbstverwaltungskörpers

1. Das Hauptanwendungsgebiet der Vertreterschaft aus dem Rechte der Angehörigkeit bildet die öffentliche Genossenschaft.

Die Vertretungsmacht ist hier nach dem Vorbilde des einfachen Vereins begründet in der Mitgliedschaft. Sie erscheint als Mitgliedsrecht der Vereinsgenossen, bei der öffentlichen Genossenschaft als subjektives öffentliches Recht: es enthält eine Macht über das der Genossenschaft zustehende Stück öffentlicher Verwaltung (Bd. I § 9, II). Wir unterscheiden aber daran eine auf dem gemeinen Mitgliedsrechte beruhende Vertretungsmacht und eine besonders verstärkte einzelner Mitglieder. Das giebt die zwei Grundformen.

Das gemeine Mitgliedsrecht der Genossen kommt wieder auf zweierlei Weise zur Geltung.

Unmittelbar wird ihre Vertretungsmacht ausgeübt in den Beschlüssen der Mitgliederversammlung. Diese ist naturgemäſs das oberste Organ, die erste Vertretungseinheit des Selbstverwaltungskörpers[3]. Der Wille der Mehrheit gilt als Wille der Genossenschaft. Das Recht des einzelnen Mitgliedes geht darauf, daſs seine Stimme bei Berechnung dieser Mehrheit gezählt wird. So zusammengeordnet vertreten die Mitglieder die Genossenschaft für ihre wichtigsten Geschäfte; insbesondere auch zur Bestellung von Genossenschaftsbeamten, die namens der Genossenschaft in deren Dienst genommen werden, um sie kraft Amt und Dienstpflicht ihrerseits wieder innerhalb eines verfassungsmäſsig bestimmten Wirkungskreises zu vertreten. Das giebt aber dann eine Vertreterschaft anderer Art (unten II n. 1).

Anstatt sie auszuüben, um für den Selbstverwaltungskörper unmittelbar zu handeln, können die Mitglieder ihre Vertretungsmacht

---

[3] Gierke, Genoss.Theorie S. 687: Für alle privatrechtlichen Körperschaften gilt die Regel, „daſs als das im Bereiche des Körperschaftslebens souveräne Organ die Mitgliederversammlung fungiert“. So auch bei der öffentlichen Körperschaft (S. 688 und Note 9 daselbst). Darauf beruht die sogenannte „Immanenz des Willens“, welche nach Gierke der Körperschaft eigentümlich ist (oben § 56 Note 10).

auch übertragen auf bestimmte einzelne Mitglieder, Abgeordnete der Gesamtheit. Die Form dafür ist die Wahl.

Das Vorbild ihrer Rechtsgestalt finden wir beim gewöhnlichen Verein. Wenn der Verein sich einen Vorstand wählt, so ist das kein Vertrag; die Gewählten treten nicht in ein obligatorisches Dienstverhältnis zum Verein. Die Befugnis zur Besorgung der gemeinsamen Angelegenheiten, die auf der Mitgliedschaft beruht, wird für einen gewissen Kreis von Geschäften konzentriert auf die abgeordneten Mitglieder. In gleicher Weise bedeutet die Wahl des Vorstandes einer öffentlichen Genossenschaft eine Ausstattung der Gewählten mit der in den Mitgliedern ruhenden Vertretungsmacht für die juristische Person[4].

Die Wahl ist nicht selbst ein Akt der Vertretung. Sie geschieht nicht namens der juristischen Person, sondern die Mitglieder handeln eignen Namens, um auf die abgeordneten Mitglieder zu übertragen, was ihnen zustünde. Sofern die Verfassung des Selbstverwaltungskörpers einen zu wählenden Vorstand verlangt, haben sie für die entsprechenden Geschäfte überhaupt Vertretungsmacht nur, um sie in solcher Weise verleihen zu können. Das Wahlrecht ist die Gestalt, in welcher sie bei ihnen juristisch allein noch erscheint. Sie werden alsdann wenigstens mittelbar, durch ihre Abgeordneten wirksam namens des Selbstverwaltungskörpers. Dieses Verhältnis wird zum Ausdruck gebracht, indem man dieselben zugleich als ihre, der Wähler, Vertreter bezeichnet. Das sind sie nicht im juristischen Sinn; denn sie handeln nicht namens der Wähler. Der thatsächliche Zusammenhang ist damit gemeint, dafs sie ihr Recht herleiten von den Wählern und deren Wünsche und Gesinnungen in der Vertretung des Selbstverwaltungskörpers zur Geltung bringen[5]. —

[4] Trotz des gleichen Namens ist dies ein ganz anderes Rechtsgeschäft als die Wahl zur Bestellung von Beamten der Genossenschaft. Das Vorbild für die letzteren giebt die Wahl des Vorstandes der Aktiengesellschaft durch die Generalversammlung (Behrend, Lehrb. d. H.R. S. 838). Nach Piloty, Unf.Vers.R. II S. 434 ff., wäre auch die Wahl der Vorstände der Berufsgenossenschaft so aufzufassen. Allein dieses ist eine Abordnung durch Übertragung der Vertretungsmacht, jenes ein Rechtsgeschäft namens der Gesellschaft in Ausübung der Vertretungsmacht. Der Vorstand der Aktiengesellschaft tritt in ein Dienstverhältnis zu dieser; der Vorstand der Berufsgenossenschaft steht nicht in Diensten derselben.

[5] Ein Beispiel dieser Ausdrucksweise in Unf.Vers.Ges. § 41 ff. Sie erscheint auch aufserhalb des Bereichs des Vereins und der Genossenschaft, wo immer diese Form der Vertreterschaft durch Abordnung zur Anwendung kommt. Abgesehen von der „Volksvertretung“ des staatlichen Verfassungsrechts finden wir solche „Vertreter“ der Beteiligten, die zugleich Vertreter der juristischen Person sind,

Die zum Vorstande bestellten Mitglieder, die gewählten Abgeordneten, bieten das Hauptbeispiel für die zweite Grundform der auf der Mitgliedschaft beruhenden Vertretungsmacht. Wie beim Verein, so sind sie auch bei der öffentlichen Genossenschaft Mitglieder mit verstärktem Recht. Die Bestellung von Nichtangehörigen erhält immer die Form des Dienstverhältnisses und Amtes. Die Abgeordneten haben kein Amt und keine Dienstpflicht, weder den Genossen noch dem Selbstverwaltungskörper gegenüber[6]. Ihre ganze Rechtsstellung hat zur Grundlage lediglich die durch die Wahl und die Annahme derselben begründete rechtliche Fähigkeit, den Selbstverwaltungskörper für den Kreis der Vorstandsgeschäfte zu vertreten.

Rechtliche Gebundenheiten entstehen für sie erst in zweiter Linie als Folgen, die sich aus diesem Verhältnis ergeben, von selbst oder durch besondere gesetzliche Bestimmungen ausgebildet. Nach zwei Richtungen kommen solche in Betracht.

Ihre Befugnisse zur Vertretung des Selbstverwaltungskörpers sind keine ungemessenen, sondern beschränkt auf das verfassungsmäfsig bestimmte Mafs. Darüber hinaus sind ihre Vertretungshandlungen

---

bei öffentlichen Anstalten: Inv. u. Alt.Vers.Ges. § 51; vgl. unten Note 9; vor allem bei Gemeinden; vgl. unten Note 12. Mit der Doppelsinnigkeit dieses Wortes hängt es zusammen, dafs man sich so oft unklar ist über den Willen, der durch diese Vertreter „zum Ausdruck kommt", d. h. für wen ihr Wille rechtlich gilt. Die Stadtverordnetenversammlung z. B. äufsert nach Möller, Preufs. Stadt-R. S. 85, den Willen der Gemeinde, also der juristischen Person; nach Leidig, Preufs. Stadt-R. S. 69, den der Bürgerschaft, also der Angehörigen der juristischen Person. Nach Gierke gestaltet sich das Verhältnis zu der bekannten Willensverknotung: der Wille der Wähler durchdringt sich mit dem der Gesamtheit, der Wille der Gewählten mit dem der Wähler, so dafs alles zusammen eine wollende Einheit bildet. Wir sagen: in dem Beschlusse der Stadtverordnetenversammlung kommt nur der Wille ihrer Mitglieder zum Ausdruck; dieser Wille in gehöriger Form erklärt, gilt verfassungsrechtlich als Wille der Gemeinde; dafs aber diese Leute die Fähigkeit haben, einen Willen zu erklären, der als Wille der Stadt gilt, das kommt von dem gehörig erklärten Willen der Bürgerschaft, d. h. der Wähler her, die ihnen die Fähigkeit verliehen haben.

[6] Die Gesetze sprechen hier manchmal ausdrücklich von Ehrenämtern: Inv. und Alt.Vers.Ges. § 58 und 60; Unf.Vers.Ges. § 24 Abs. 2 und § 25. Dafs keine wirklichen Ämter mit öffentlichrechtlicher Dienstpflicht damit gemeint sind, beweisen die Gesetze schon dadurch, dafs sie auf diese Ehrenämter gleichzeitig gewisse Regeln des „Amtes des Vormundes" für anwendbar erklären. Das ist gleichfalls kein Amt in dem hier geltenden Sinne: Rudorff, R. d. Vormundschaft, I S. 5 ff. — Die Frage pflegt am ausführlichsten behandelt zu werden im Zusammenhange mit Stf.G.B. § 359; vgl. die Kommentare dazu von Oppenhoff, n. 33–37, Olshausen n. 12; Rüdorff-Stenglein S. 754. Wegen der ebenso zu beurteilenden Stellung der Gemeinderatsmitglieder vgl. unten Note 14.

ungültig. Die Beschränkung kann insbesondere darin bestehen, daſs ihre Thätigkeit rechtlich bedingt wird durch Abhängigkeitsverhältnisse, in welchen sie steht zu anderen Vertretungseinheiten des Selbstverwaltungskörpers, vor allem also zu Beschlüssen der Mitgliederversammlung oder auch zur Aufsichtsgewalt (unten § 59). Diese Schranken werden wirksam gemacht durch Überwachung, Ungültigkeitserklärung und Abänderung ihrer Akte. Die Thätigkeit der abgeordneten Vertreter wird dadurch wenigstens in ihrer Wirkung nach auſsen hineingezwungen in die Angemessenheit an die dem Selbstverwaltungskörper gegebene Ordnung.

Dazu kommt als Zweites eine persönliche Verantwortlichkeit. Auch ohne förmliche Dienstpflicht entsteht durch die Übernahme der Führung fremder Geschäfte eine Treueverpflichtung gegenüber demjenigen, dessen Geschäfte geführt werden. Diese Verpflichtung wird wirksam durch die Haftung für Schadensersatz, im Falle sie verabsäumt wird. Die Schadensersatzpflicht ist civilrechtlicher Natur. Das Vorbild der Haftung des Vormunds gegenüber dem Mündel wird dafür maſsgebend werden, auch wenn das Gesetz nichts ausdrücklich in dieser Beziehung bestimmt[7].

Das Gesetz greift mannigfach ein, um die Rechtsstellung solcher abgeordneter Vertreter der öffentlichen Genossenschaft schärfer auszugestalten und Formen des echten öffentlichen Amtes darauf zu übertragen. Es wird den Mitgliedern zur Pflicht gemacht, die Berufung zu dieser Vertreterschaft anzunehmen, nach Vorbild des Pflichtehrenamtes. Die Wahl kann einer Bestätigung der Aufsichtsbehörde unterworfen werden, oder es tritt geradezu eine Ernennung durch dieselbe an ihre Stelle mit der gleichen Wirkung. Eine Ordnungsstrafgewalt wird darüber eingerichtet, auch ein Absetzungsrecht anerkannt. Alles das ändert das Wesen der Sache nicht und macht insbesondere kein Amt daraus; der Abgeordnete bleibt Vertreter kraft verstärkten Mitgliedrechtes, die Angehörigkeit an die juristische Person des öffentlichen Rechtes ist die Grundlage seiner Vertretungsbefugnis. —

Diese Abgeordneten sind nicht das einzige Beispiel von Vertretungsmacht kraft verstärkten Mitgliedrechtes. Eine solche kann sich auch ohne Übertragungsakt kraft Rechtssatz oder Statut unmittelbar ver-

---

[7] Rosin, R. d. Arbeiter-Vers. I S. 692. Ein civilrechtliches Seitenstück bildet der Prokurist nach H.G.B. Art. 56. In diesem Begriffe ist lediglich die Vertretungsmacht gegeben; über das innere Verhältnis zunächst gar nichts. Allein gewisse Pflichten gegenüber dem Vertretenen sind „eine aus der Stellung des Prokuristen ohne weiteres hervorgehende Folge"; Behrend, Lehrb. d. H.R. I S. 368.

binden mit einer besonderen Art von Mitgliedschaft, einer bevorzugten Mitgliedschaft, die durch besondere Lasten und Pflichten gegenüber der Genossenschaft gekennzeichnet sein wird. Das bedeutet dann ein Sonderrecht dieses Mitgliedes. Sein verstärktes Mitgliedsrecht auf Vertretung unterscheidet sich von dem eines abgeordneten Vertreters nur durch die Rechtsform, in welcher diese Verstärkung begründet wird[8].

2. Aufserhalb des Gebietes der öffentlichen Genossenschaft kann die Vertretung der Selbstverwaltungskörper niemals so vollkommen auf die Angehörigkeit gestellt werden. Das Amt tritt in den Vordergrund. Das Recht der Angehörigkeit kommt nur daneben zur Geltung, weist dann aber auch die bei der öffentlichen Genossenschaft ausgebildeten Formen auf, nur mit gewissen Besonderheiten, die sich aus der Verschiedenheit der Grundlagen ergeben.

Bei der öffentlichen Anstalt oder Stiftung mit juristischer Persönlichkeit kann von einer Vertretung durch eine Versammlung der Angehörigen nicht die Rede sein. Wahlrecht und abgeordnete Vertreter kommen ausnahmsweise zur Verwendung unter thunlichster Anlehnung an das dafür bei der Genossenschaft gegebene Vorbild. Unter Umständen ist nämlich der Kreis der Menschen, für welche die Anstaltspersönlichkeit da ist, verhältnismäfsig deutlicher abgegrenzt. Das ist dann der Fall, wenn ihre Mittel durch Zwangsbeiträge aufgebracht werden. Die Beitragspflichtigen sind die Angehörigen der juristischen Person, für welche diese die Mittel zusammenhält und die Merkmale, nach welchen das Gesetz die Pflicht auferlegt, machen sie erkennbar. Aus ihrer Mitte können dann Ausschüsse gebildet werden, um an der Vertretung der Anstalt teilzunehmen. Die Besetzung dieser Ausschüsse erfolgt durch Ernennung oder Wahl. Die Rechtsstellung der Abgeordneten und das Wahlrecht der Angehörigen sind zu beurteilen wie bei der öffentlichen Genossenschaft. Aber die Anstaltspersönlichkeit wird durch diese Zuteilung von Befugnissen, welche den Vereinsmitgliedern, den Genossen zuzustehen pflegen, an ihre Angehörigen, die keine Vereinsmitglieder, keine Genossen sind, nicht selbst Genossenschaft, sondern behält im übrigen ihre juristische Eigenart[9].

---

[8] Beispiel: Kr.Vers.Ges. § 64 Ziff. 2.

[9] Beispiel: Inv. u. Alt.Vers.Ges. v. 22. Juni 1889. Hier handelt es sich um eine öffentliche Anstalt zur Verwaltung und Verwendung der eingezahlten Beiträge. Die Angehörigen der juristischen Person sind die Beitragszahler, Arbeitgeber und Versicherte; um ihretwillen ist die juristische Person da. Sie bilden unter sich keinen Verein. Das Gesetz beruft aber aus ihrer Mitte Abgeordnete,

Dagegen kommen hier Sonderrechte auf die Vertretung vor. Nicht so, dafs sie als gesetzliche Regeln geordnet wären; aber die Statuten können solche Einrichtungen schaffen Das geschieht namentlich dann, wenn die juristische Person schon entsteht auf Grundlage einer freigebigen Zuwendung, den Namen Stiftung also vorzugsweise führt. Zu Gunsten des Stifters oder auch seiner Erben werden da wohl besondere Vorbehalte gemacht, um ihnen einen Einflufs auf die Verwaltung des Vermögens und zu diesem Zwecke gewisse Rechte in der Vertretung der juristischen Person zu sichern. Das bedeutet wieder kein Amt und keine Dienstpflicht, sondern ein subjektives öffentliches Recht auf Vertretung, welches jederzeit verzichtbar sein wird[10].

3. Im Gegensatz zur öffentlichen Anstalt hat die Gemeinde gleich der Genossenschaft ihren bestimmten Kreis von Angehörigen. Aber diese sind nicht geeignet, ohne weiteres zur Vertretung des Selbstverwaltungskörpers wirksam zu werden. Die Vertretungsordnung beginnt also hier mit einer Aussonderung der Geeigneten. Von der Masse der Gemeindeangehörigen, dem Gemeindevolk, werden nach gewissen Eigenschaften, welche von ihnen verlangt sind, ausgeschieden die allein vertretungsberechtigten Gemeindebürger[11]; Geschlecht, Alter, Unbescholtenheit, wirtschaftliche Stellung liefern die Merkmale, nach welchen das Gesetz die Ausscheidung vollzieht. Von dieser Aristokratie der Gemeindeangehörigen geht allein die Vertretungsmacht aus. Die Formen, in welchen sie rechtlich geordnet erscheint, sind von da an im wesentlichen die der Genossenschaft.

Die Gemeindebürger können unmittelbar zur Ausübung der Ver-

---

um einen Ausschufs und Aufsichtsrat zu bilden und damit an der Vertretung der juristischen Person teil zu nehmen (§ 48, 51 des Ges.). Es nennt die also Berufenen „Vertreter" der Arbeitgeber und der Versicherten. Das sind sie wieder nur in jenem politischen Sinne, indem sie einen Einflufs der Kreise, aus denen sie entnommen sind, auf die Verwaltung der Anstalt vermitteln. Irgend welches Rechtsverhältnis zu den von ihnen auf diese Art „Vertretenen" haben sie nicht. Zu der Anstaltspersönlichkeit, deren Vertreter sie im juristischen Sinne sind, stehen sie in demselben Verhältnisse, wie abgeordnete Genossenschaftsvorstände; vgl. oben Note 6.

[10] Vgl. Bd. I § 9, IV n. 2. Der Inhalt dieser Rechte geht auf eine gewisse Überwachung der verwaltenden Beamten, sowie auf Mitwirkung bei Gewährung der Anstaltsnutzungen (z. B. Stipendien, Krankenbetten) durch bindende Vorschläge. Das kirchenrechtliche Patronat giebt einigermafsen das Vorbild.

[11] Loening, V.R. S. 57. Das Wort wird oft auch als gleichbedeutend mit Gemeindeangehöriger gebraucht; dann unterscheidet man wieder jene bevorrechteten als die „aktiven" Gemeindebürger.

tretung berufen sein, in Beschlüssen von Gemeindeversammlungen oder, was gleichsteht, in allgemeinen Wahlen zur Bestellung von Gemeindebeamten.

Sie können in der Form der Wahl ihre Vertretungsmacht auf abgeordnete Vertreter übertragen, wie bei der Genossenschaft.

Die abgeordneten Vertreter werden dann zugleich als ihre Vertreter bezeichnet oder als Gemeindevertreter im eigentlichen Sinn, was als kurzer Ausdruck zu verstehen ist für Gemeindeangehörigen- oder Gemeindebürger-Vertreter in demselben Sinn, wie man von Vertretung der Genossenschaftsmitglieder spricht[12]. So bilden sich zur Überwachung und Beschränkung der laufenden Verwaltung und zur Erledigung vorbehaltener wichtiger Geschäfte: Stadtverordnete, Gemeinderäte, Gemeindebevollmächtigte, Bürgerausschüsse u. s. w., deren Mitglieder überall nicht Beamte sind, sondern Vertreter kraft verstärkten Gemeindebürgerrechts, oder da dieses selbst nur eine bevorzugte Art von Gemeindeangehörigkeit ist, kraft verstärkter Gemeindeangehörigkeit[13].

---

[12] Vgl. oben Note 5. Der Ausdruck Gemeindevertretung ist für diese Kollegien allgemein üblich, um sie im Gegensatz zum Gemeindevorstand zu bezeichnen: Bayr. Gem.O. Art. 70; Jolly in Wörterbuch I S. 518 ff.; Loening, V.R. S. 169 und Note. Der Letztere hebt mit Recht hervor, dafs diese Ausdrucksweise juristisch ungenau ist. Sie enthält, wie uns scheint, das Gemisch von zwei Vorstellungen zugleich: der Gemeinderat ist für die Gesamtheit der Gemeindeangehörigen, für die Gemeinde in diesem Sinne, der Vertreter, wie die abgeordneten Vertreter der Genossenschaftsmitglieder es sind für diese, also nicht juristisch, sondern politisch; zugleich vertritt er die Gemeinde als Selbstverwaltungskörper gegenüber dem Vorstand, insofern er diesen überwacht und beschränkt. Die letztere Ausdrucksweise giebt auch Inv. u. Alt.Vers.Ges. § 46 Abs. 3.

[13] Die oben Note 6 berührte Frage, ob abgeordnete Vertreter eines Selbstverwaltungskörpers öffentliche Beamte sind, ist gerade bezüglich dieser Gemeindevertretungen von besonderer Wichtigkeit geworden. Man hat sie meist mit richtigem Gefühl verneint. Aber das Gefühl giebt keine sichere Abgrenzung und mit der juristischen Begründung sieht es sehr mangelhaft aus. Man hängt sich an Merkmale, die für sich nicht entscheidend sind, wie z. B. an die Art der zu übenden Thätigkeit, insofern eine blofse Überwachung, ein Zustimmungsrecht gegenüber den Handlungen anderer Vertreter nicht genügen sollte, um die Beamteneigenschaft zu verleihen. Als ob es nicht auch echte Staatsbeamte mit solchen Geschäftskreisen gäbe! Oder es wird betont, dafs es sich nicht um Staatsangelegenheiten handle. Als ob Angelegenheiten von Selbstverwaltungskörpern nicht auch öffentliche Angelegenheiten wären! So z. B. ein in späteren Entscheidungen vielfach angerufenes Erkenntnis des Sächs. O.A.G. v. 11. Febr. 1876 (Annalen d. O.A.G. II. Folge Bd. IV S. 221): Gemeinderatsmitglieder sind keine Beamte; denn der Gemeinderat ist so ausschliefslich zur Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten bestellt, dafs nicht die Rede davon sein kann, „als sei er ein

Zum Unterschied von der Genossenschaft, welche ordentlicherweise ihre ganze Vertretung in diesen Formen zu erhalten vermag, schneidet aber mit solchen Überwachungsausschüssen die Vertretungsmacht der Gemeindeangehörigkeit ab, um für die eigentliche Führung der Geschäfte dem Gemeindeamte Platz zu machen.

II. Neben der auf Angehörigkeit zum Selbstverwaltungskörper beruhenden Vertreterschaft finden wir als zweite Art die amtliche Vertretung. Statt des subjektiven Rechtes steht hier die Pflicht voran. Das Amt ist ein mit öffentlicher Dienstpflicht zu führender Kreis von Geschäften öffentlicher Verwaltung (oben § 42, II). Insofern diese Geschäfte darauf gehen, den Selbstverwaltungskörper zu vertreten, um seine Handlungsfähigkeit verfassungsmäfsig herzustellen, nennen wir es ein Vertretungsamt. Ein solches Amt kann geführt werden im Dienst- und Pflichtverhältnis zu dem vertretenen Selbstverwaltungskörper selbst, aber auch im Dienst- und Pflichtverhältnis zu einem anderen Gemeinwesen, das dem Selbstverwaltungskörper mit seinem Amte den Vertreter stellt, zum Staat oder einem oberen Selbstverwaltungskörper.

1. Eigne Vertretungsämter des Selbstverwaltungskörpers finden wir vor allem ausgebildet bei der Gemeinde und zwar der Ortsgemeinde. Wo sie sonst noch vorkommen, richten sie sich im wesentlichen nach den gleichen Regeln.

Sie sind teils Ehrenämter, teils Berufsämter gemäfs den oben § 43 und 44 genauer festgestellten Begriffen. Die ersteren über-

---

für die Herbeiführung der Zwecke des Staates berufenes Organ der Staatsgewalt". Vgl. auch Schwarze in Sächs. Gerichtszeitung XXII 8. 209, 290. Dann sucht man wieder das entscheidende Merkmal in der Behördeneigenschaft des Kollegiums: bildet dieses eine Behörde, so sind auch die Mitglieder öffentliche Beamte. So O.Tr. 5. Mai 1869 (Oppenhoff, Rspr. X S. 288): Rosin, Arb.Vers. I S. 651; Piloty, Unf.Vers.R II S. 434. Danach müfste aber z. B. auch der Schöffe Beamter sein. — Möller, Preufs. Stadt-R. S. 85, meint vielleicht den richtigen Gegensatz, wenn er sagt: „Dagegen haben die einzelnen Stadtverordneten nicht die Eigenschaft öffentlicher Beamten; sie sind blofse Repräsentanten der Stadtgemeinden". — Die Anerkennung der Gemeinderatsmitglieder, ebenso wie der abgeordneten Vorstände der unbedeutendsten öffentlichen Genossenschaft, als öffentlicher Beamter liefse sich garnicht umgehen, wenn nicht das entscheidende Merkmal dazwischenträte, das uns die besondere rechtliche Natur der Abordnung selbst liefert. Sie sind bestellt für einen bestimmten Kreis von Geschäften der öffentlichen Verwaltung, in dauernder Weise, um namens des Selbstverwaltungskörpers darin thätig zu sein, und stehen dabei in öffentlichrechtlichem Verhältnisse zu diesem. Was zum Begriffe des öffentlichen Beamten bei ihnen fehlt, ist einzig die öffentliche Dienstpflicht. Diese ist wesentlich zum Begriff des Beamten (oben § 42 S. 200), und diese haben sie nicht.

wiegen. Aber auch die berufsmäfsig übernommene Dienstpflicht hat hier die Neigung, sich den Rechtsformen des Ehrenamtes zu nähern, insofern Amt und Dienstpflicht enger verbunden sind: die Anstellung im Gemeindedienst geschieht stets mit Verleihung eines bestimmten Amtes und nur für dieses und eine Zur-Verfügungstellung ist unpraktisch. Auch findet die dem Ehrenamte eigentümliche Bestellung auf Zeit dafür mehrfach Anwendung, namentlich beim Berufsbürgermeister. Doch das ist unwesentlich. Bedeutsamer sind die Eigentümlichkeiten, welche das Gemeindevertretungsamt aufweist in der Begründungsart der Dienstpflicht und in der Ordnung der Dienstgewalt.

Die Begründung des Dienstpflichtverhältnisses des Gemeindebeamten ist ein Akt der Vertretung des Dienstherrn, der Gemeinde. Sie kann ausgehen von einem bereits vorhandenen Vertretungsamt, einer Gemeindebehörde, Bürgermeister oder Magistrat [14]. Sie kann für die Gemeinde geschehen durch einen Akt der staatlichen Aufsichtsbehörde [15]. Das ist in einem wie im anderen Falle dem Ernannten gegenüber ein gewöhnlicher Verwaltungsakt. Sie kann aber auch geschehen, und gerade bei Gemeindevertretungsämtern wird das wichtig, in Form der Wahl.

Als Wahl bezeichnet man wohl auch den Mehrheitsbeschlufs einer kollegialen Gemeindebehörde, des Magistrats, sofern er eine Ernennung enthält. Das fällt noch unter die zuerst aufgeführten Formen; es ist in Wahrheit ein Verwaltungsakt [16]. Rechtliche Eigentümlichkeiten hat die Wahl nur da, wo sie ausgeht von Wählern, die keine Behörde bilden, fähig, Verwaltungsakte zu erlassen, also unmittelbar von den Gemeindebürgern oder von Ausschüssen ihrer abgeordneten Vertreter: Stadtverordneten, Gemeinderäten, Gemeindebevollmächtigten.

Eine solche Wahl ist möglicherweise nur die Bedingung für die Anstellung, die auf Grund derselben vollzogen wird durch einen behördlichen Akt, einen Akt der Gemeindebehörde oder der staatlichen Aufsichtsbehörde [17]. Da kommen wir alsbald wieder in das bekannte Geleise.

---

[14] In dieser Weise werden vor allem technische Beamte und Unterbeamte angestellt, die man wohl im Gegensatze zu den Gemeindevertretungsbeamten als Gemeindebeamte schlechthin bezeichnet: Oertel, Städte-Ord. I S. 211.

[15] Über solches Handeln für den Selbstverwaltungskörper kraft Aufsichtsrechts vgl. unten § 59, II. Beispiel: die Ernennung des Schultheifsen nach Württemb. V.Ed. v. 1. März 1822 § 12 durch die Regierung aus drei gewählten Kandidaten.

[16] Weber, Bayr. Gem.Ord. zu Art. 71.

[17] So in dem oben Note 15 gegebenen Beispiele.

Die Wahl durch Gemeindebürger oder abgeordnete Vertretungen kann aber auch so gemeint sein, dafs sie unmittelbar Amt und Dienstpflicht begründen soll. Und zwar ist das die Regel. Bürgermeister, Gemeindevorsteher, Magistratsmitglieder werden so bestellt. Die Zustimmung oder Bestätigung, welche etwa die Gemeindebehörde oder Aufsichtsbehörde noch auszusprechen hat, ist dann ihrerseits nur Bedingung der Gültigkeit der Wahl, nicht selbst der Begründungsakt. Möglicherweise wirkt die Wahl auch ganz für sich allein, ohne dafs noch ein solcher obrigkeitlicher Akt dazu kommt. Erforderlich ist immer nur die Annahme des Gewählten, gerade wie beim übertragenen Ehrenamte und bei der Anstellung im Staatsdienst.

Die grofse Frage ist hier: wie vermag die Wahl solche Wirkung hervorzubringen? Sie soll ja nicht eine blofse Übertragung der Vertretungsmacht der Wähler sein, sondern ein Dienstpflichtverhältnis zwischen dem Gewählten und dem Selbstverwaltungskörper begründen, wie es sonst bei Ehrenamt und Berufsdienst der Verwaltungsakt thut. Die Möglichkeit eines Verwaltungsaktes ist aber bei diesen Wählern von vornherein ausgeschlossen. Den Gedanken an einen Vertrag, der in Anwendung der gegebenen Rechtssätze des Civilrechts die Dienstpflicht begründete, wird man gänzlich fernhalten müssen: der Selbstverwaltungskörper als Träger öffentlicher Verwaltung und der zum Amte berufene Unterthan stehen sich gegenüber; da müssen ausschliefslich die Formen des öffentlichen Rechtes in Frage sein.

Die Sache läfst sich nur so erklären, dafs ein öffentlichrechtlicher Rechtssatz besteht, der an die angenommene Wahl die Entstehung von Amt und Dienstpflicht knüpft. Den nötigen Rechtssatz liefern überall Gesetz, Verordnung oder Statut, die bekannten Rechtsquellen, möglicherweise auch überkommenes altes Recht. Aus sich selber vermöchte die Wahl unmöglich zu wirken[18].

Damit ist durchaus nicht etwa ein öffentlichrechtliches Seitenstück zu einem civilrechtlichen Vertrage gegeben, wie man geneigt sein möchte anzunehmen. Es ist allerdings äufserlich das Schema dargestellt: Rechtsgeschäft, wirksam nach Mafsgabe des Rechtssatzes. Aber der Rechtssatz bestimmt nicht wie beim Vertrag: was die Beteiligten als ihren Willen erklären, soll gültig sein. Er hat eine bestimmte Art von Selbstverwaltungsamt im Auge und verfügt: dieses Amt ist durch Wahl zu besetzen. Die Wirkung, die hervorgebracht

---

[18] Die Schwierigkeit, die uns hier beschäftigt, wird meist als solche nicht empfunden: Leidig, Preufs. Stadt-R. S. 149 ff.; Steffenhagen, Handb. der städt. Verf. u. Verw. in Preufs. S. 252 ff.; Blodig, Selbst-Verw. S. 162 ff.

werden soll, das Amt und die Dienstpflicht, ist bestimmt; die Willenserklärung, die durch den Rechtssatz wirksam gemacht wird, ist ihrem ganzen Inhalte nach nichts als die Bezeichnung der dahineinzusetzenden Person, die Nennung eines Namens. Mehr bietet ja der Wahlakt nicht.

Daraus ergiebt sich, dafs die Wahl der Gemeindebeamten durch Gemeindebürger oder abgeordnete Vertreter für sich allein nur imstande ist, „stereotype“ Rechtsverhältnisse zu begründen. Auf solche ist es denn auch in der Regel abgesehen; das Recht wollte den Gemeindebürgern und ihren Abgeordneten keine beliebigen Mannigfaltigkeiten überlassen; darum hat es ihnen eben nur eine Befugnis der Wahl gegeben.

Nun ist aber klar, dafs mit dieser im Wesen der Wahl liegenden Gleichförmigkeit nicht ausnahmslos durchzukommen ist. Insbesondere bei den Berufsämtern der Bürgermeister und ähnlichen mufs die Möglichkeit bestehen, dem Rechtsverhältnisse für den Einzelfall eine besondere Gestalt zu geben, Zuthaten zu schaffen und Einzelheiten genauer zu regeln: Bestimmungen über Gehalt, Pension und Dienstentschädigungen, über Kündigungsrecht, Eintritt ins Definitivum, Nebenämter u. dergl. Es wird darüber immer schon ein Einverständnis mit dem Beamten getroffen worden sein vor der Wahl, um sich seiner Annahme zu versichern; er stellt seinerseits damit Bedingungen auf, unter denen er die Wahl annehmen will. Für gewisse Dinge, namentlich die Geldzusicherungen, bedürfte es auch eines besonderen Beschlusses einer dazu berufenen Versammlung, ohne deren Zustimmung die Gemeinde nicht also belastet werden kann. Aus all dem bestimmt sich genauer, was Inhalt des mit der Wahl entstehenden Rechtsverhältnisses werden soll. Aber es wird dadurch nicht schon Inhalt dieses Rechtsverhältnisses.

Der Wahlakt selbst ist unfähig, solche Nebenbestimmungen ausdrücklich oder stillschweigend aufzunehmen und wirksam zu machen. Von einem civilrechtlichen Nebenvertrag ist keine Rede. Was dem Rechtsverhältnis solche Besonderheiten geben kann, ist einzig ein neben der Wahl herlaufender Verwaltungsakt. Diesen Verwaltungsakt liefert möglicherweise die Gemeindebehörde, indem sie der vollzogenen Wahl ihre Zustimmung erteilt und diesen Beschlufs unter Hinzufügung aller näheren Bestimmungen dem Gewählten eröffnet [19]. Der ergänzende Verwaltungsakt kann auch liegen in der Bestätigung der Wahl durch die Aufsichtsbehörde; die Bestätigung bezieht sich

[19] Das ist der „besondere Dienstvertrag“ der Bayr. Gem.Ord. Art. 74, der namentlich auch bestimmt ist, „die angemessene Besoldung festzustellen“.

auch auf die Nebenpunkte und ihre Eröffnung an den Gewählten macht diese rechtsverbindlich zwischen ihm und der Gemeinde, für die sie ergeht[20].

Soweit ein solcher mit der Wahl sich verbindender Verwaltungsakt nicht vorgesehen ist, ist es nicht möglich, die einfache gesetzliche Wirkung des Wahlaktes mit Nebenbestimmungen zu verumstanden. Da ist es aber eben auch der Wille des Gesetzes, dafs es nicht möglich sein soll. Damit ist nicht gesagt, dafs nicht in anderer Weise noch Mafsregeln getroffen werden können, um dem gewählten Beamten Entschädigungen und Vergütungen zu gewähren; in der Zuständigkeit zur Verwaltung des Gemeindevermögens liegt auch die Befriedigung solcher Billigkeitsansprüche. Das sind aber selbständige Akte, die keinen Bestandteil der Begründung des Dienstverhältnisses bilden. —

Die zweite Besonderheit des Dienstpflichtverhältnisses der Gemeindevertretungsämter bezieht sich auf die dazu gehörige Dienstgewalt. Diese erscheint hier erheblich abgeschwächt. Der Grund liegt darin, dafs diese Beamten als solche keinen Dienstvorgesetzten haben, der diese Gewalt namens des Selbstverwaltungskörpers ausüben könnte.

Magistrat und Bürgermeister müssen gelten lassen, was die Stadtverordneten in ihrer Zuständigkeit beschlossen haben; der Bürgermeister ist gebunden zur Vollziehung der zuständigerweise gefafsten Beschlüsse des Magistrats. Das sind Abhängigkeiten vergleichbar denen zwischen Untergericht und Obergericht[21]. Die Aufsichtsgewalt (unten § 59) greift ein, um im Einzelfall zu bestimmen, was namens des Selbstverwaltungskörpers zu geschehen und nicht zu geschehen hat; das wirkt dann mittelbar zur Bestimmung des Inhalts der Dienstpflicht der Gemeindevertretungsbeamten. Aber einen Dienstbefehl im Einzelakt oder Generalverfügung ihnen gegenüber giebt es nicht. Sie besitzen die amtliche Unabhängigkeit in dem oben § 45, I n. 3 entwickelten Begriffe.

---

[20] Oertel, Städte-Ord. I S. 104: „Die getroffene Wahl und ihre wesentlichen Modalitäten" werden perfekt durch die Bestätigung.

[21] Jolly in Wörterbuch I S. 522 bezeichnet die Mitglieder des Gemeindevorstandes (Magistrat) und die Gemeindevorsteher ohne weiteres als „Personen, welche in dienstlicher Unterordnung unter ein Gemeinde-Organ kraft eines speciell auf ihre Person bezüglichen öffentlichrechtlichen Aktes Geschäfte der Gemeinde zu besorgen haben". Als das dienstlich vorgesetzte Gemeinde-Organ kann er sich nur den Gemeinderat, die Stadtverordneten denken. Das gegenseitige Verhältnis dürfte aber damit durchaus nicht richtig bezeichnet sein.

Ebensowenig giebt es eine namens der Gemeinde über sie zu übende Disciplinargewalt[22]. Sie wird einigermafsen ersetzt durch die Einrichtung, dafs diese Ämter regelmäfsig nur auf Zeit besetzt werden. In der Nichtwiederwahl äufsert sich die Zucht, welche die Angehörigen der Gemeinde und ihre Vertreter an diesen Ämtern üben können. Dafür tritt hier eine Disciplinargewalt der staatlichen Behörden ein, die kraft Aufsichtsrechts geübt wird; nicht im Namen der Gemeinde, sondern im Namen des Staates, dessen Interessen in denen der Gemeinde mitverletzt sind (unten § 59, II n. 2). Dafs die Angelegenheiten der Gemeinde immer noch Angelegenheiten des Staates geblieben sind und innerhalb gewisser Grenzen von diesem verteidigt werden können, wird hier offenbar durch die staatliche Geltendmachung der Dienstpflichtverletzung, die der Gemeinde gegenüber stattgefunden hat[23].

2. Vertretungsämter, die geführt werden in Dienst- und Pflichtverhältnis zu einem oberen Gemeinwesen, haben ihren natürlichen Boden bei den öffentlichen Anstalten und Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit.

Hier handelt es sich immer um ein bestimmtes Unternehmen öffentlicher Verwaltung, welches durch die ihm zuerkannte besondere juristische Persönlichkeit losgelöst ist vom Staat oder der Gemeinde, denen es sonst unmittelbar zugehören würde. Es liegt nahe, dafs dieses Muttergemeinwesen die Leitung der Geschäfte immer noch soweit in der Hand behält, als es sich mit der selbständigen juristischen Persönlichkeit der Anstalt verträgt. Das kommt dann in der Form zum Ausdruck, dafs es verfassungsmäfsig berufen ist, durch seine Beamten die Vertretung des abgezweigten Selbstverwaltungskörpers zu führen. Diese Beamten können das nebenbei thun zu ihren sonstigen Amtsgeschäften, oder sie können eigens hiefür angestellt sein. Im letzteren Falle werden sie als Anstaltsbeamte, Stiftungsbeamte bezeichnet sein wegen des Gegenstandes, dem ihre Aufgabe und Thätigkeit gewidmet ist. Rechtlich sind sie keine Beamten der Anstalt oder Stiftung als Selbstverwaltungskörper. Ihre Dienstpflicht gehört dem

---

[22] Abgesehen von einer geringfügigen Disciplinarstrafgewalt, welche zuweilen dem Bürgermeister eingeräumt ist über die anderen Mitglieder des Gemeindevorstandes; Jolly in Wörterbuch I S. 523.

[23] Diese dienstliche Zugehörigkeit an den Staat findet im preufsischen Rechte ihren Ausdruck durch die Bezeichnung der städtischen Beamten als mittelbarer Staatsbeamten; Leidig, Preufs. Stadt-R. S. 44. Über die Einzelheiten dieser Disciplinarstrafgewalt: F. Seydel, Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten S. 224 ff.; Jolly in Wörterbuch I S. 523.

Muttergemeinwesen. Sie werden von diesem angestellt in der Weise, wie es sonst seine Beamten bestellt. In dessen Namen wird die Dienstgewalt über sie ausgeübt. Sie unterliegen insbesondere dem Dienstbefehl und den allgemeinen Dienstvorschriften der staatlichen oder gemeindlichen Behörden, welche ihnen vorgesetzt sind. Diese Dienstanweisungen sollen sich richten nach dem Anstaltszweck und den Interessen der Anstalt; ihre Rechtsgültigkeit ist bedingt durch die Wahrung der Sonderstellung derselben und ihrer verfassungsrechtlichen Ordnungen. Aber der Beamte hat dem gegenüber kein anderes Prüfungsrecht als das gewöhnliche; amtliche Selbständigkeit, in dem besonderen Begriff, den wir mit dem Worte verbinden und wie sie den abgeordneten Vertretern oder den eignen Selbstverwaltungsvertretungsämtern zukommt, hat er nicht. Der Besoldungsanspruch geht gegen den Dienstherrn, der sich seinerseits nur wieder deckt durch Geltendmachung der dem Selbstverwaltungskörper obliegenden Last, die Kosten seiner Verwaltung zu tragen[24].

Der Unterschied von sonstigen Beamten im eignen Dienste des Muttergemeinwesens tritt nur in zwei Punkten hervor.

Einmal sind diese Vertretungsbeamten mit ihrer amtlichen Thätigkeit nicht eingereiht in die Behördenordnung des Muttergemeinwesens. Ihre Amtshandlung geschieht namens des Selbstverwaltungskörpers. Ihre dienstlichen Vorgesetzten, welche namens des Staats oder der Gemeinde handeln, sind nicht von selbst zugleich berufen, statt ihrer vorzugehen oder ihre Akte abzuändern und aufzuheben. Die Grundsätze der hierarchischen Unterordnung gelten im äufseren Verhältnis nicht. Ein derartiges Eingreifen kann vielmehr nur geschehen kraft Aufsichtsrechts, mit welchem ja eben zugleich eine Macht über den Selbstverwaltungskörper geübt wird, und innerhalb der rechtlichen Grenzen desselben (unten § 59). Darin kommt wieder die Selbständigkeit der juristischen Person zum Ausdruck, die sie vertreten[25].

---

[24] So z. B. nach Inv. u. Alt.Vers.Ges. 22. Juni 1889 § 47: Die Geschäfte des Vorstandes „werden von einem oder mehreren Beamten des weiteren Kommunalverbandes oder Bundesstaates, für welchen die Versicherungsanstalt errichtet ist, wahrgenommen." Gehalt und Pension „sind von der Versicherungsanstalt zu vergüten." — Seydel, Bayr. St.R. IV S. 635: „Die fraglichen Beamten sind, wenn auch aus Stiftungsmitteln besoldet, Staatsdiener, denn sie führen Geschäfte des Staates". Dieser Grund ist allerdings nicht der richtige. — Vgl. auch die Zusammenstellung des geltenden Rechts bei Sartorius in Wörterbuch Erg. Bd. II S. 284 ff. — In dieser Art der Besetzung des Vorstands der Anstalt oder Stiftung besteht das, was Gierke die „Transcendenz des Willens" dieser juristischen Person nennt.

[25] Im inneren Verhältnisse steht der Beamte, wie ausgeführt, schlechthin

Sodann sind sie dieser juristischen Person gegenüber verantwortlich für den Nachteil, den sie ihr durch pflichtwidriges Verhalten zufügen. Es entsteht daraus eine civilrechtliche Haftung auf Schadensersatz gleich der des Beamten seinem Dienstherrn gegenüber. Diese Haftung beruht nicht auf einem Dienstverhältnis zu dem Selbstverwaltungskörper, das ja nicht besteht. Sie beruht auf dem Dienstverhältnis zu dem Muttergemeinwesen, das hier wieder wirkt wenigstens zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs zu Gunsten dessen, dem gegenüber die Pflicht zu erfüllen war[26]. —

Eine derartige Vertretung kraft Amt und Dienstpflicht gegenüber einem höheren Gemeinwesen findet sich wohl auch aufserhalb des Gebietes der öffentlichen Anstalten und Stiftungen. Namentlich bei höheren Kommunalverbänden ist häufig der staatliche Verwaltungsbeamte der entsprechenden Verwaltungsstufe verfassungsmäfsig zum Vertreter berufen[27]. Da gilt dann die gleiche rechtliche Auffassung des Verhältnisses.

§ 59.

Die Aufsichtsgewalt.

Die Aufsichtsgewalt ist eine geordnete rechtliche Macht über den Selbstverwaltungskörper, um ihn bei der Erfüllung seiner Zwecke zu erhalten.

Die Aufsichtsgewalt wird geübt namens des Staates; möglicherweise nimmt auch ein dazwischen geschobener höherer Selbstverwaltungskörper daran Teil. Die Behörde, welche jedem Selbstverwaltungskörper gegenüber zur Ausübung dieser Gewalt berufen ist, heifst seine Aufsichtsbehörde.

Die Aufsichtsgewalt beruht auf dem Gedanken, dafs die Lebensthätigkeit dieser juristischen Person, die sich darstellt als ein Stück

unter Dienstbefehl; also Selbständigkeit des Amtes bei dienstlicher Abhängigkeit des Beamten.

[26] Bd. I § 17, I n. 2. Den Mafsstab liefert auch hier die Haftung des Vormundes gegenüber dem Mündel; Inv. u. Alt.Vers.Ges. § 59.

[27] Der Preufs. Landrat, die Bayr. Kreisregierung, der Els.-Lothr. Bezirks-Präsident sind Beispiele. Ebenso die an Stelle eines Bürgermeisters ernannten Kommissäre nach Preufs. Städte-Ord. § 33 und Els.-Lothr. Ges. v. 24. Febr. 1872. Der Unterschied ist nicht zu übersehen zwischen diesen Staatsbeamten, welche den Auftrag haben, den Selbstverwaltungskörper zu vertreten, und den Beamten des Selbstverwaltungskörpers, welche kraft Aufsichtsrechts staatlich ernannt sind; vgl. oben Note 15.

öffentlicher Verwaltung, ebendeshalb immer noch die allgemeine öffentliche Gewalt angeht, von der sie abgelöst ist.

Die rechtliche Zugehörigkeit an den Staat kommt auch zum Ausdruck in dessen Mitwirkung bei der Entstehung des Selbstverwaltungskörpers (oben § 57), wie bei seiner Endigung (unten § 61) und in der Vertreterschaft staatlicher Beamter (oben § 58, II n. 2). Die Aufsichtsgewalt, von welcher hier die Rede ist, setzt den bestehenden, als handlungsfähiges Rechtssubjekt geordneten Selbstverwaltungskörper voraus und nimmt ihn zum Gegenstand ihrer obrigkeitlichen Machtübung.

Der Selbstverwaltungskörper unterliegt obrigkeitlicher Machtübung auch noch in anderer Weise; er wird besteuert, er wird von den Civilgerichten abgeurteilt in Privatrechtsstreitigkeiten, unterliegt dem Enteignungsverfahren für öffentliche Unternehmungen. Die Aufsichtsgewalt zeichnet sich dadurch aus, dafs sie darauf gerichtet ist, ihn bei der Erfüllung seiner Zwecke zu erhalten.

I. Im Polizeistaat hat diese Erscheinung der öffentlichen Gewalt, wie jede andere, keine rechtlichen Grenzen. Stiftungen und Korporationen sind als Privatrechtssubjekte geschützt wie die natürlichen Personen. Der Staat mit seiner Polizeigewalt steht über ihnen unumschränkt wie über den Privaten, um die gute Ordnung und die allgemeine Wohlfahrt zu schützen und zu fördern, an ihnen und gegen sie. Wenn gegenüber den Einzelmenschen diese Gewalt durch die Sitte noch an gewisse moralische Grenzen gebunden ist, so verschwinden solche Rücksichten gegenüber den öffentlichen Zwecken gewidmeten juristischen Personen fast vollständig[1].

Im Verfassungs- und Rechtsstaate ist das grundsätzlich anders. Mit der Anerkennung der juristischen Persönlichkeit des öffentlichen Rechtes ist auch ihr Recht anerkannt auf selbständige Ausübung der ihr zugewiesenen Lebensthätigkeit, ihres Stückes öffentlicher Verwaltung. Ein Eingriff in dieses Recht kann nur erfolgen auf Grund eines wohlbegründeten Gegenrechtes[2].

Wir wissen, wie das gemeint ist: der Eingriff bedarf eines Grundes, der ihn nach den Regeln des Verfassungs- und Rechtsstaates rechtfertigt. Wo er etwa unmittelbar in Form des Gesetzes geschieht, trägt er seine Rechtfertigung vermöge dieser Form in sich selbst;

---

[1] L. v. Stein, Verw.Lehre I, 2 S. 123 ff.

[2] Leidig, Preufs. Stadt-R. S. 499, scheint das zu meinen, wenn er sagt, es sei jetzt die Aufgabe „nicht mehr wie seither die Leitung des städtischen Wesens, sondern die Wahrung der Rechte des Staates“.

denn gegenüber dem Willen des Gesetzes giebt es kein subjektives Recht. Nur die Regierung und ihre Behörden bedürfen eines besondern Grundes, um auch ihrerseits den Eingriff machen zu können. Und wo für sie ein derartiger besonderer Grund gegeben ist, sprechen wir von einem Aufsichtsrechte des Staates.

Solche Aufsichtsrechte des Staates können auf zweierlei Weise begründet sein: durch gesetzlichen oder verordnungsmäfsigen Rechtssatz, welcher der Regierung die Ermächtigung zu solchen Eingriffen erteilt[3], oder durch einen Vorbehalt im Statut. Das letztere bedeutet die Begründung eines Aufsichtsrechtes durch Verwaltungsakt. Vorausgesetzt ist, dafs es sich um eine juristische Person handelt, deren Anerkennung ganz oder in gewissem Mafse der Regierung anheimgestellt ist. Das ist das Gewöhnliche bei öffentlichen Stiftungen, Anstalten und Genossenschaften. Die Anerkennung erfolgt durch Verwaltungsakt und dieser bestimmt zugleich das Nähere über die Verfassung durch Verleihung oder Genehmigung eines Statuts (vgl. oben § 57, I n. 3). Dieses Statut nun kann Aufsichtsrechte vorbehalten. Dazu bedarf es keiner besondern gesetzlichen Ermächtigung. Es ist keine neue Belastung, keine Auflage, welche die Regierung damit macht: sie giebt nur weniger, als sie geben könnte. Die juristische Persönlichkeit wird von vornherein geschaffen mit einer geminderten Freiheit und Selbständigkeit, welche eben der Aufsichtsgewalt entspricht. Durch derartige Bestimmungen wird daher das verfassungsmäfsig dem Gesetze vorbehaltene Gebiet nicht berührt[4].

Wo weder in der einen, noch in der anderen Weise ein Aufsichtsrecht begründet worden ist, besteht keines: das wird ja thatsächlich nicht leicht vorkommen. Denn dem Selbstverwaltungskörper ist es

---

[3] Wenn als solcher im preufs. Recht A.L.R. II, 6 § 191 gilt, so ist davon das nämliche zu sagen, wie von den bekannten polizeilichen Ermächtigungen in A.L.R. II, 17 § 10 (Bd. I § 20 Note 3): der Form des Verfassungsstaates ist durch solche übernommene Gesetze genügt, aber im Sinne des Rechtsstaates sind derartige schrankenlose Ermächtigungen nicht. Vgl. v. Roenne, Preufs. St.R. II S. 205 Note 2; Foerster-Eccius, Preufs. Priv.R. IV S. 66a Note.

[4] Rosin, Öff. Gen. S. 109, geht also zu weit, wenn er meint: „Nach den Grundsätzen des Rechtsstaates (richtiger: Verfassungsstaates) . . . stehen der staatlichen Aufsichtsbehörde zur Geltendmachung ihres Aufsichtsrechts nur diejenigen Mittel zu Gebote, welche ihr das Gesetz bewilligt“. Bei den Gemeinden, auf die er sich beruft (S. 107 Note 19; S. 119 Note 26), trifft das allerdings zu; aber bei diesen findet sich eben auch kein Verfassungsstatut (oben § 57, I n. 3). — Der Umstand, dafs das Statut Verwaltungsakt ist, kann bedeutsam werden, wo etwa ein Rechtsschutzmittel nur für Verletzung eines „Gesetzes“ gegeben ist (Bd. I S. 192).

naturgemäfs, in einer solchen Abhängigkeit zu stehen. Man wird also wenigstens für die schlimmsten Fälle durch die Annahme stillschweigender gesetzlicher Ermächtigungen oder statutenmäfsiger Vorbehalte zu helfen suchen. Wo das nicht angeht, kann es zweifelhaft werden, ob nicht vielmehr eine juristische Person des Civilrechtes und kein Selbstverwaltungskörper vorliegt. Rechtlich unmöglich ist ein solcher auch dann nicht: die Aufsichtsgewalt ist für ihn ein naturale, aber kein essentiale[5].

Die Formen, in welchen die Geltendmachung der Aufsichtsgewalt erscheint, sind wesentlich zweierlei Art. Das Vorbild von Befehl und Zwang giebt die Grundzüge der Einteilung und wird auch in der üblichen Ausdrucksweise gern angerufen[6]. Doch gilt das immer nur vergleichsweise.

1. Zum Zwecke der Ausübung der Aufsichtsgewalt werden obrigkeitliche Aussprüche über den Selbstverwaltungskörper erlassen, um im Einzelfall zu bestimmen, was für ihn Rechtens sein soll; aufsichtsrechtliche Befehle nennt man das wohl; aufsichtsrechtliche Festsetzungsakte wäre besser gesagt.

Sie sind Verwaltungsakte, sofern sie ein Verhältnis der öffentlichen Gewalt, das des Staates zum Selbstverwaltungskörper zum Gegenstande haben; aufsichtsrechtliche Verwaltungsakte, sofern sie die im Wesen des Selbstverwaltungskörpers liegende besondere Zugehörigkeit zum Staate zur Geltung bringen. Indem sie bestimmen, was für den Selbstverwaltungskörper Rechtens ist, sind sie mittelbar bindend für dessen Vertreterschaft, die nur nach dieser Mafsgabe rechtmäfsig für ihn handelt. Aber das Rechtssubjekt, über das sie ergehen, ist in erster Linie und unmittelbar nur die juristische Person selbst. Wenn wir hierfür die Ausdrücke aus dem Begriffskreise des Befehls zur Verwendung bringen, so darf man sie nicht in strengem Sinne verstehen; Gebot, Verbot, Erlaubnis finden nur annähernde Seitenstücke.

---

[5] Vgl. oben § 55 Note 15.

[6] Es handelt sich hier zunächst um eine Einteilung der „Mittel der Aufsichtsführung“, wie Gierke, Gen.Theorie S. 659, es ausdrückt; S. 658 teilt er ein: „Je nachdem so ein negatives oder ein positives Verhalten erzielt werden soll, wird sich die Aufsicht durch Verbot oder Gebot äufsern“. Leidig, Preufs. Stadt.R., der ihm sonst zu folgen pflegt, setzt dafür eine negative und eine positive Aufgabe der Aufsicht (§ 500 ff.). Das ist keine Einteilung der Mittel mehr, sondern der Art ihrer Verwendung (unten II). Diese Abweichung von Gierke rächt sich alsbald durch eine grofse Verwirrung, vermöge deren er sogar die Zwangseinschreibung zur Herbeiführung gesetzlicher Leistungen unter die negativen Aufgaben stellt.

Das aufsichtsrechtliche Gebot an den Selbstverwaltungskörper bedeutet den Ausspruch, dafs er pflichtig sei, etwas zu thun, zu leisten, eine Pflichtigerklärung. Eine Gehorsamspflicht in ihrer juristischen Eigenart entsteht bei ihm nicht (vgl. unten II n. 3).

Dem Verbot entspricht der Ausspruch, dafs der Selbstverwaltungskörper etwas nicht thun darf; es hat seinen Platz, wo ein widersprechender Wille namens des Selbstverwaltungskörpers bereits geäufsert worden ist, und erscheint als Ungültigerklärung und Aufhebung eines solchen Beschlusses. Auch hier ist von einer Gehorsamspflicht des Selbstverwaltungskörpers keine Rede; es liegt einfach keine für ihn geltende Willenserklärung mehr vor.

Das Seitenstück zur Erlaubnis, die von einem allgemeinen Befehl im Einzelfall entbindet, bildet die aufsichtsrechtliche Genehmigung. Sie setzt voraus: eine Handlung, die an sich im Wirkungskreise des Selbstverwaltungskörpers gelegen ist, aber nach Gesetz oder Statut von der Vertretung gültig nur soll vorgenommen werden können vermöge einer zustimmenden Erklärung der Aufsichtsbehörde. Ohne diese Genehmigung besteht hier nicht ein Verbot für den Selbstverwaltungskörper, sondern die also vorgenommene Rechtshandlung ist ungültig[7].

Überall bestimmen diese Aussprüche mit rechtlicher Notwendigkeit ein entsprechendes Verhalten der Vertreter: ihre Aufgabe ist es, die Pflicht des Selbstverwaltungskörpers zur Erfüllung zu bringen, sie dürfen die ungültige Willenserklärung nicht als gültig durchführen, sie sind ermächtigt, den genehmigten Beschlufs zu vollziehen. Der Festsetzungsakt kann daher in der Gestalt erscheinen, dafs diese Folgerung daraus gezogen und den Vertretern, an die ohnehin die Eröffnung für den Selbstverwaltungskörper zu erfolgen hätte, mitgeteilt wird. Hinter solcher Ausdrucksweise steht aber immer als der wesentliche Kern die rechtliche Bestimmung für die juristische Person selbst.

Die aufsichtsrechtlichen Festsetzungen jeder Art stehen entweder im freien Ermessen der Behörde oder sind rechtlich gebunden in verschiedenem Mafse, wie Verwaltungsakte überhaupt[8]. Eine Verletzung

---

[7] Richtig Seydel, Bayr. St.R. III S. 43 Note 3, gegen Bl. f. adm. Pr. 1873 S. 1 ff. Es ist auch denkbar, dafs eine allgemein auferlegte Pflicht etwas zu thun, im Einzelfall dem Selbstverwaltungskörper durch eine Genehmigung abgenommen wird; Gierke, Gen.Theorie S. 658 Note 2, unterscheidet danach Erlaubnis und Dispensation.

[8] Rosin, Öff. Gen. S. 116, will die Genehmigung in Gegensatz zu allen anderen Formen der Aufsicht stellen, weil sie allein auch nach Zweckmäfsigkeitsrücksichten ausgeübt werden könne. Dagegen mit Recht Gierke, Gen.Theorie S. 654 Note 2, woselbst auch Beispiele der verschiedenen Bedingtheit all dieser Akte.

der Gebundenheit, ebenso wie eine einfache Überschreitung des Umfanges der Gewalt zum Nachteile des Selbstverwaltungskörpers ist ein Unrecht gegen diesen. Inwieweit Formen des Rechtsschutzes zu seinen Gunsten gegeben sind, ist immer eine Frage für sich (Bd. I § 12 ff.).

2. Im Gegensatze zu dieser rechtlichen Bestimmung des Selbstverwaltungskörpers bedeutet die zweite Form der Aufsichtsgewalt ein selbständiges Indiehandnehmen seiner Angelegenheiten; es wird nicht gesprochen über ihn, sondern für ihn gehandelt, damit er seine Lebensaufgabe vollziehe und gut vollziehe[9]. Insofern dadurch der Wille der Aufsichtsgewalt sich unmittelbar durchsetzt, spricht man wohl von Zwangsmafsregeln, die da getroffen werden. Wir wollen es aufsichtsrechtliche Vollzugsmafsregeln nennen. Denn ein eigentlicher Zwang gegen den Selbstverwaltungskörper ist darin nicht zu finden. Zwang kommt höchstens zum Vorschein gegenüber seinen Vertretern, und zwar in mehr oder minder deutlicher Ausprägung. Diese Vollzugsmafsregeln sind zweierlei Art, je nachdem sie auf Besorgung von Geschäften des Selbstverwaltungskörpers oder geradezu gegen sein Personal gerichtet sind, um dieses in Ordnung zu halten.

Sofern der Aufsichtsgewalt eine thatsächliche Einmischung in die Geschäfte des Selbstverwaltungskörpers zusteht, ist den Vertretern auferlegt, solches zu dulden, möglicherweise auch Dienstleistungen dafür zu machen. Die wichtigste Art von Einmischung besteht darin, dafs sie einfach bei Seite geschoben werden, indem die Aufsichtsbehörde an ihrer Stelle handelt, nicht als Vertreterin des Selbstverwaltungskörpers, aber mit Wirkung für ihn, weil sie seine Vertreter vertritt. Das setzt voraus, dafs bei diesen irgend etwas nicht in Ordnung ist, dafs sie säumig, widerspenstig oder ungehorsam sind. So werden insbesondere Akte der Vermögensverwaltung im Aufsichtswege vorgenommen: Verpachtungen, Bestellung von Prozefsbevollmächtigten, Einschreibung von Ausgabeposten ins Budget, Gemeindesteuerauflagen. Dafs die Behörde hier kraft Aufsichtsgewalt nicht kraft Vertretungsbefugnis handelt, wird wichtig, sobald die Verantwortlichkeit in Frage kommt: das ist für solche Akte nicht die eines Vertreters des Selbstverwaltungskörpers, sondern die Verantwortlichkeit

---

[9] Gierke, Gen.Theorie S. 663, bezeichnet das Wesen dieser Einmischungen dahin, „dafs der Staat an Stelle eines nicht vorhandenen oder nicht ordnungsmäfsig fungierenden Körperschaftsorgans mit unmittelbarer Wirkung für die Gesamtperson will und handelt“. Der Umweg über das Organ, zumal über das nicht vorhandene, ist aber nicht wesentlich.

für die Ausübung obrigkeitlicher Gewalt über den Selbstverwaltungskörper.

Andererseits wird Einflufs auf das Personal des Selbstverwaltungskörpers durch staatliche Behörden geübt in verschiedener Weise.

Am vollkommensten ist dieser Einflufs da, wo das Personal, insbesondere die Vertretungsbeamten des Selbstverwaltungskörpers dienstlich dem Staate bezw. einem oberen Selbstverwaltungskörper angehören; vgl. oben § 58, II n. 2. Das rechnen wir aber gemäfs der eingangs gegebenen Begriffsbestimmung der Aufsichtsgewalt nicht mehr zu dieser.

Aufsichtsrechtlich sind die staatlichen Akte, welche über abgeordnete Vertreter und Selbstverwaltungsbeamte erlassen werden zur Bestätigung, Ernennung, Absetzung, Auflösung von Ausschüssen, Verhängung von Disciplinarmafsregeln; auch die Leitung von Wahlen gehört hierher; das verbindet sich aber alles mit dem Rechte der Vertreterschaft und ist dort bereits erwähnt worden (oben § 58, I u. II, n. 1); hier findet es nun auch den seiner juristischen Natur entsprechenden Zusammenhang.

In selbständiger Weise entfaltet sich die Aufsichtsgewalt gegenüber dem Personal des Selbstverwaltungskörpers überdies noch in Zwangsmafsregeln, die sie diesem gegenüber zur Verfügung hat. Dazu gehört vor allem die Ordnungsstrafe. Sie ist kein Disciplinarstrafmittel; denn sie setzt keine Dienstpflicht voraus, sondern geht auch gegen abgeordnete Vertreter (oben § 58, I n. 1). Sie will nicht bessern (oben § 45, II), sondern ist reines Zwangsmittel, um die Durchführung dessen, was namens des Selbstverwaltungskörpers geschehen soll, zu sichern[10]. Für das Verfahren giebt die polizeiliche Ungehorsamsstrafe das Vorbild (Bd. I S. 328 ff.). Voraussetzung ist aber nicht ein Befehl und Ungehorsam dagegen, sondern eine aufsichtsrechtliche Festsetzung (oben n. 1), welche von den Vertretern und Beamten des Selbstverwaltungskörpers einzuhalten und zu vollziehen ist und welcher nicht nachgekommen wird. Inwiefern die Aufsichtsbehörde zu solchen Festsetzungen befugt ist, das richtet sich nach den oben dargestellten Regeln; inwieweit sie zur Durchführung ihres Ausspruches mit dem Zwangsmittel der Ordnungsstrafe ausgerüstet ist, das hängt davon ab, inwieweit die erforderliche gesetzliche Grundlage dafür besteht. Diese kann zu Gunsten bestimmter Arten von An-

---

[10] Richtig Woedtke, Kr.Vers.Ges, S. 283 Note 3 zu § 45.

ordnungen ausschliefslich erteilt sein oder allgemein für alle Fälle, wo ein solcher Aufsichtsakt vorliegt[11].

Die Handhabung der Ordnungsstrafgewalt hat wieder eine doppelte Seite: sie ist Zwang gegenüber dem Betroffenen, zugleich aber, da dessen Thätigkeit, die in Frage ist, dem Selbstverwaltungskörper angehört, ein Eingriff in die freie Bewegung des letzteren; Überschreitung der gesetzlichen Ermächtigung ist zugleich eine Rechtsverletzung gegenüber diesem.

II. Diese allgemeinen Formen erhalten ihren Inhalt und Gegenstand nach den verschiedenen Zwecken der Aufsichtsgewalt und danach entfaltet sich diese in drei Hauptstücken[12].

1. Der Selbstverwaltungskörper unterliegt einer fortwährenden Beobachtung von seiten der Aufsichtsbehörde, indem diese Kenntnis nimmt von seinen Zuständen und Thätigkeiten. Das ist zunächst eine rein geistige Thätigkeit. Ein Recht der Kenntnisnahme als Stück der Aufsichtsgewalt entsteht erst dann, wenn gewisse Pflichten auf seiten des Selbstverwaltungskörpers sich damit verbinden, welche diese Kenntnisnahme ermöglichen und erleichtern sollen.

Es wird sich dabei in erster Linie handeln um ein blofses Dulden, welches dem Selbstverwaltungskörper obliegt: er gehört

---

[11] In der ersteren Weise ist die Ordnungsstrafgewalt begründet gegen die Inhaber von Innungsämtern nach Gew.O. § 104 Abs. 3, gegen die Kassenvorstände nach Kr.Vers.Ges. § 45 Abs. 1. Allgemeiner Natur ist die Ermächtigung in Preufs. L.V.G. § 132, der zweifellos auch für Anordnungen der Aufsichtsgewalt in Kommunalangelegenheiten gilt. A. M. v. Stengel, Organis.Ges. S. 464. Zu diesem letzteren Fall ist zu bemerken: Damit, dafs den Behörden eine solche Strafgewalt allgemein verliehen ist, um ihre Anordnungen durchzusetzen, ist noch gar nicht gesagt, ob und welche Anordnungen von ihnen erlassen werden können. Dafür bedürfen wir eigentlich einer selbständigen Grundlage. Die preufsische Praxis läfst aber auf Grund des § 132 die aufsichtsrechtliche Zwangsstrafe gegen die Stadtverordneten oder wenigstens ihren Vorsteher zu für alles, was die Aufsichtsbehörde anordnet, ohne zu untersuchen, inwiefern sie berechtigt ist, mafsgebende Anordnungen für diese Personen zu erlassen; Oertel, Städteord. S. 112 Note 1; Leidig, Preufs. Stadt-R. S. 100 Note 3. Dafs die „Erfüllung der Dienstpflicht" in Frage sei (obwohl die Stadtverordneten gar keine haben!), oder dafs wenigstens dem Vorsteher eine „Verantwortlichkeit für die gesetzliche Handhabung der Geschäfte" obliege, ist doch nur eine ganz unzureichende Redewendung. Es scheint hier in der That unbewufst auf die bedenkliche Rechtsgrundlage des A.L.R. II, 6 § 191 zurückgegriffen zu werden (oben Note 3).

[12] Was als solcher Zweck der Aufsichtsgewalt erscheint, entnehmen wir aus den geltenden Rechtssätzen und gebräuchlichen Statuten. Roesler, V.R. I S. 300, scheint hier Regeln a priori aufstellen zu wollen für das, was der Staat „nicht darf" und „berechtigt ist". Solche giebt es nicht.

mit allen seinen Angelegenheiten dem Staate an und darf sich also der Kenntnisnahme nicht entziehen. Die Aufsichtsbehörde kann nicht verhindert werden, Anstalten und Einrichtungen zu besichtigen, Protokolle, Urkunden, Rechnungen einzusehen und Kassabestände zu prüfen. Die Befugnis dazu gilt als ein selbstverständlicher Bestandteil der Aufsichtsgewalt; auch wo nichts ausdrücklich gesagt ist, ist sie stillschweigend vorbehalten in der Anerkennung des Selbstverwaltungskörpers oder in der gesetzlichen Bestellung einer Aufsichtsbehörde[13].

Soll darüber hinaus eine Leistung des Selbstverwaltungskörpers in Anspruch genommen werden, um die Kenntnisnahme zu erleichtern, so versteht sich das nicht von selbst: Anzeige zu machen von gewissen Vorgängen, Verzeichnisse und Rechnungsaufstellungen einzureichen, Bericht zu erstatten kann zur Pflicht nur werden durch eine besondere Rechtsgrundlage in Rechtssatz oder Statut.

Die Pflicht liegt allemal dem Selbstverwaltungskörper ob; die dafür etwa entstehenden Kosten fallen ihm zur Last. Erfüllt wird sie für ihn durch seine Vertreter und Beamten. Gegen diese richtet sich der Zwang im Falle der Nichterfüllung. Duldungen können mit Gewaltanwendung erzwungen werden. Für die Erzwingung von Leistungen dient das Ordnungsstrafrecht der staatlichen Behörden (oben II n. 2). Ihre Disciplinargewalt steht dahinter, um bei etwaiger Widerspenstigkeit für Besserung zu sorgen[14].

2. Die Aufsicht äufsert sich ihrer Hauptmasse nach als eine Schutzgewalt über den Selbstverwaltungskörper, durch welche er brauchbar erhalten wird für seinen Zweck und verhindert wird, Schädlichkeiten für das Gemeinwesen zu erzeugen.

Diesem Zwecke dienen die aufsichtsrechtlichen Einflüsse auf den Personalbestand, wie sie das Recht der Vertreterschaft ergiebt (oben § 58).

[13] In diesem Sinne Mot. zu Hülfskassenges. v. 1. Juni 1884: „An und für sich darf die Befugnis, die Schriften der Kasse einzusehen und die Kassenbestände zu revidieren, als ein selbstverständlicher Ausflufs des Aufsichtsrechtes angesehen werden“ (Drucks. d. Reichst. 1884 n. 13 S. 17). Über dieses selbstverständliche Recht geht es schon hinaus und bedarf besonderer Grundlage, wenn die Gültigkeit der Akte des Selbstverwaltungskörpers von solcher Kenntnisnahme abhängig gemacht werden soll. Beispiel in Gew.Ord. § 104 Abs. 5 und 6.

[14] Da die Pflicht des Selbstverwaltungskörpers an seinen Vertretern erzwungen wird, so erliegt die übliche Ausdrucksweise der Versuchung, diese zweierlei Personen durcheinander zu werfen. Es soll ganz dasselbe bedeuten, wenn Kr.Kass.Ges. § 34 sagt: „Der Vorstand . . . hat Anzeige zu erstatten“ und § 41: „Die Kasse ist verpflichtet . . . einzureichen“. Vgl. Sächs. Ges. über jurist. Pers. v. 15. Juni 1868 § 75; Gierke, Gen.Theorie S. 662 Note 1.

Dazu kommt nun vor allem der aufsichtsrechtliche Schutz des Vermögensbestandes: wichtigere Akte der Vermögensverwaltung werden abhängig gemacht von einer Genehmigung. Dem Gegenstand und der Form nach hat das eine gewisse Ähnlichkeit mit den Zuständigkeiten des Vormundschaftsgerichtes gegenüber der civilrechtlichen Vormundschaftsverwaltung. Daher für diese Seite der Aufsichtsgewalt der Name Vormundschaft gebraucht wird: Gemeindevormundschaft, Stiftungsvormundschaft [15].

Dieser Name wird aber auch wohl ausgedehnt auf die ganze übrige Schutzgewalt, wenngleich darin Dinge enthalten sind, die in der civilrechtlichen Vormundschaft kein Seitenstück mehr finden. Das gilt namentlich von all den Aufhebungs- und Genehmigungsrechten, die den Zweck haben, zu verhindern, dafs in Vertretung dieses „Mündels“ dem öffentlichen Interesse zuwider gehandelt werde, ganz abgesehen davon, ob es für ihn selbst schädlich oder vielleicht sogar nützlich wäre. In diesem Sinne ist z. B. die Aufstellung autonomischer Satzungen, die Auferlegung von Steuern und Abgaben für Zwecke des Selbstverwaltungskörpers, die Annahme von Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen an aufsichtsrechtliche Genehmigung gebunden [16].

Der Umfang der Schutzgewalt ist begrenzt durch das Mafs, in welchem ein Rechtsgrund für sie besteht. Und zwar pflegen Rechtssatz und Statut die einzelnen Gegenstände bestimmt zu bezeichnen. Nur in einer Beziehung besteht in der Regel eine umfassende Ermächtigung, vielleicht ist sie sogar als eine selbstverständliche anzusehen: die Aufsichtsbehörde ist in allgemeiner Weise berufen,

[15] Gierke, Gen.Theorie S. 645; Block, dict. de l'adm. v° Aut. adm. n. 2. Häufig will man mit dem Worte Vormundschaft, Bevormundung, Kuratel der Gemeinden die alte polizeistaatliche Auffassung und die Unterdrückung aller Selbständigkeit bezeichnen: Gierke, Gen.R. I S. 745; derselbe, Gen.Theorie S. 643, 644; Jolly in Wörterbuch I S. 495; v. Roenne, Preufs. Städteord. Einl. S. 8 ff.; L. v. Stein, V.Lehre I 2 S. 147. Dabei scheint aber der Vergleichspunkt verschoben zu werden: als Vormund kann doch nur die Vertretung, nicht die Aufsichtsbehörde gedacht sein; wenn diese nur wie ein Vormundschaftsgericht darüber steht, ist es nicht so schlimm. Der Gegensatz dazu, den man meint, kommt ganz gut zum Ausdruck in dem äufsersten Fall der Einmischung, wo der Staat die gesamte Verwaltung des Selbstverwaltungskörpers in seine eigene Hand nimmt; das nennt man die „Einleitung einer staatlichen Kuratel“ über denselben; Gierke, Gen.Theorie S. 666 Note 2. Also jetzt erst!

[16] Material bei Gierke, Gen.Theorie S. 663 ff. Wie umfassend der Name Vormundschaft hier werden kann, bezeugt die Bemerkung, welche Trolley, hiérarchie adm. I n. 286, zu den sog. Amortisationsgesetzen macht: „la tutelle prend ce caractère d'hostilité etc.“

rechtswidrige Beschlüsse für ungültig zu erklären, d. h. solche, durch welche die Vertretung des Selbstverwaltungskörpers Rechtssatz oder Statut verletzt[17]. Diese Befugnis ist nur so richtig abzugrenzen, daſs man sie als ein Stück der Aufsichtsgewalt festhält, die über die Selbstverwaltung gesetzt ist. Sie bezieht sich nicht auf Willensäuſserungen, mit welchen der Selbstverwaltungskörper in einem bestimmten Rechtsverhältnis auftritt als „Privater“: der Beschluſs, eine begründete Steuer- oder Lohnforderung nicht zu bezahlen oder einen ungerechten Eigentumsanspruch zu erheben, ist keine Rechtsverletzung in diesem Sinne; die zur Entscheidung solcher Sachen einem Privaten gegenüber berufenen Behörden werden auch hierüber entscheiden. In Betracht kommen nur solche Beschlüsse, mit welchen der Selbstverwaltungskörper seine Eigentümlichkeit als Träger eines Stückes öffentlicher Verwaltung zur Geltung bringen will: eigentliche Verwaltungsakte, Anordnung von Verwaltungsmaſsregeln, Errichtung und Änderung von öffentlichen Anstalten, auch bloſse Kundgaben und Meinungsäuſserungen, die mit dem Ansehen seiner besonderen Stellung ausgestattet werden sollen[18].

Die Verletzung von Gesetz oder Statut kann bestehen in Nichtbeachtung der Form, Widerspruch des Inhalts mit bestehenden Vorschriften, vor allem in Überschreitung des dem Selbstverwaltungskörper zustehenden Wirkungskreises.

Die Aufhebung des Beschlusses wird wie alle Aufsichtsthätigkeit von Amtswegen erfolgen. Der Antrag eines Dritten, dem er zu Schaden gereicht, kann dazu den Anstoſs geben. Damit eröffnet sich ein Beschwerdeweg gegen den Selbstverwaltungskörper, und zwar ist es mangels anderweitiger Bestimmung nur eine einfache Beschwerde (Bd. I S. 150 ff.), die da stattfindet. Die sonstigen Rechtsschutzmittel, die dem Verletzten zustehen mögen, laufen konkurrierend daneben her. Thatsächlich wird die Aufsichtsbehörde in solchen Fällen meist der Civil- oder Verwaltungsrechtspflege den Vortritt lassen und zuwarten, es sei denn, daſs ein selbständiges öffentliches Interesse vorliegt.

3. Die rechtliche Natur der Aufsichtsgewalt, wonach sie keine bloſse Fürsorge ist für den Selbstverwaltungskörper, sondern zugleich seine Zugehörigkeit zum Staate geltend zu machen hat, damit er

[17] Loening, V.R. S. 197 Note 4 und 5.

[18] Nicht ganz zutreffend Seydel, Bayr. St.R. III S. 47 Note 3. Nicht die „Verletzung öffentlichrechtlicher Bestimmungen“ im Gegensatz zur „Verletzung von Privatrechten“ giebt den Unterscheidungsmaſsstab. Sonst müſste auch die ungerechtfertigte Bekämpfung einer Steuerschuld oder einer Enteignung hierher gehören. Das natürliche Gebiet der Aufsichtsgewalt allein giebt die Grenze.

wirklich leiste, was er ordnungsmäfsig zu leisten schuldig ist, tritt am schärfsten zu Tage in ihrem letzten Stück, in dem aufsichtsrechtlichen Leistungszwang[19].

Es handelt sich um die Erfüllung einzelner bestimmter Pflichten. Der Zwang dazu kann auf dreierlei Art vor sich gehen.

Das Verfahren bewegt sich möglicherweise in den nämlichen Formen, wie sie auch einem Privaten gegenüber zur Anwendung kämen. Der Selbstverwaltungskörper hat seinen bestimmten Gegner, einen Einzelnen, einen anderen Selbstverwaltungskörper oder den Staat. Die für das Rechtsverhältnis zuständige Behörde, Civilgericht, Verwaltungsgericht oder Verwaltungsbehörde setzt fest, was er soll, und aus diesem Ausspruch findet nunmehr die Zwangsvollstreckung statt in den Formen der Civilprozefsordnung oder des Finanzzwanges (Bd. I § 32, II).

In weitem Umfang pflegt aber diese Zwangsvollstreckung gegen den Selbstverwaltungskörper ausgeschlossen zu sein, ebenso wie gegen den Fiskus (Bd. I S. 212). Dann kann die Festsetzung der Pflicht die gewöhnlichen Formen beibehalten; an die Stelle der Zwangsvollstreckung aber tritt, wie dort, der administrative Weg. Das bedeutet hier aufsichtsrechtliche Vollzugsmafsregeln zur Herbeiführung der Erfüllung (oben S. 415). Die Mittel dazu giebt die Gewalt, welche dem Staate zusteht über Beamte und Vertreter des Selbstverwaltungskörpers, namentlich die Ordnungsstrafgewalt, oder die thatsächliche Durchführung der nötigen Mafsnahmen für den Selbstverwaltungskörper und auf seine Kosten, einmischungsweise, vor allem, worauf es im wesentlichen immer hinausläuft, die zwangsmäfsige Beschaffung und Verwendung der zur Erfüllung der Pflicht erforderlichen Gelder. Die ordentliche Form dafür ist die Zwangseinschreibung in den Haushaltsplan des Selbstverwaltungskörpers, die Zwangsetatisierung. Das ist eine aufsichtsrechtliche Vollzugsmafsregel; sie wirkt für den Selbstverwaltungskörper, wie wenn seine ordentliche Vertretung sie vorgenommen hätte[20]. Die erforderliche Deckung wird nötigenfalls durch

---

[19] Der Name mag gestattet sein, weil er die Sache anschaulich macht; als „Zwang gegenüber dem Selbstverwaltungskörper" pflegt man namentlich die sog. Zwangsetatisierung zu bezeichnen: v. Stengel, V.R. S. 153: G. Meyer, St.R. S. 342. Auch sie ist das eigentlich nicht, sondern ein Handeln für den Selbstverwaltungskörper. Was an wirklichem Zwang hier vorkommt, richtet sich immer nur gegen seine Vertreter.

[20] Die Aufsichtsbehörde ist dem Gläubiger gegenüber gebunden dazu (Bd. I S. 213). Möglicherweise ist ihr aber doch ein gewisses freies Ermessen belassen, um eine schonende Vollziehung zu ermöglichen, namentlich durch Gestattung von

weitere aufsichtsrechtliche Vollzugsmafsregeln beschafft: Veräufserung von Eigentum, Erhebung von Steuern und Umlagen, Aufnahme eines Darlehens. Die dadurch flüssig gemachten Gelder werden dann ebenso verwendet zur Befriedigung des Gläubigers oder Deckung der Kosten, welche die zu erzwingende Mafsregel verursacht hat. Es ist ein Seitenstück der Ersatzvornahme in der polizeilichen Zwangsvollstreckung (Bd. I § 25, II), aber eben doch wieder sehr wesentlich verschieden durch das ganz andere Grundverhältnis der Aufsichtsgewalt zu dem Gezwungenen.

Der dritte Fall ist dann der, wo auch die Festsetzung der Pflicht dem Gebiete der Aufsichtsgewalt angehört. Wenn es sich nicht um ein gemeines Rechtsverhältnis handelt, dessen Handhabung den auch über andere Rechtssubjekte gesetzten Behörden zusteht, sondern um eine Selbstverwaltungslast, aus der die Folgerungen zu ziehen sind (unten § 60, I), dann ist es Sache der Aufsichtsbehörde, diese Folgerungen durch ihren Verwaltungsakt auszusprechen. Es ergeht eine aufsichtsrechtliche Pflichtigerklärung (oben I n. 1)[21]. Der Zwang daraus geht naturgemäfs wieder auf den administrativen d. h. aufsichtsrechtlichen Weg. Insbesondere kann sich eine Zwangseinschreibung daran anschliefsen. Das ist dann ein zweiter Verwaltungsakt. Beides kann sich verbinden. Die Zwangseinschreibung kann die Pflichtigerklärung mit enthalten; die Praxis in ihrer unbefangenen Formlosigkeit schliefst sie auch wohl stillschweigend darin ein. Wir werden darüber nicht vergessen, dafs wir es hier mit zweierlei Dingen zu thun haben[22].

Teilzahlungen und Fristen. So nach preufs. Recht; Oertel, Städteord. S. 142 Note 4 zu § 50.

[21] Von diesen Festsetzungen gilt V.G.H. 30. Dez. 1880 (Samml. II S. 403): „Das staatsaufsichtliche Verfahren ist danach eine Ergänzung der gemeindlichen Selbstthätigkeit. Es kann nur dann Platz greifen, wenn sich lediglich Gemeinde und Staatsaufsichtsbehörde gegenüber stehen“.

[22] Es wird darüber gestritten, ob die Zwangseinschreibung nur für öffentlichrechtliche oder auch für civilrechtliche Verpflichtungen geschehen kann: Loening, V.R. S. 193, und Oertel, Städteord. S. 402, behaupten ersteres, v. Stengel, Organis.Ges. S. 252, und Rosin, Öff. Gen. S. 112 Note 43, wollen sie für beides gelten lassen. Die richtige Antwort setzt voraus, dafs man nicht unter dem Namen Zwangsetatisierung die Pflichtigerklärung und die Einschreibung zusammenwerfe, sondern beides geschieden halte. Die Pflichtigerklärung ist blofs für öffentlichrechtliche, und zwar blofs für aufsichtsrechtlich wahrzunehmende, aus der Aufgabe des Selbstverwaltungskörpers entspringende Pflichten bestimmt. Die Zwangseinschreibung dient diesen und allen anderen, für welche nicht eine andere Art der Erzwingung vorgesehen ist. In diesem Sinne ist die Befugnis der Zwangsetatisierung, wie Oertel a. a. O. sagt, eine „subsidiäre“.

§ 60.

Selbstverwaltungslasten und Ausgleichungen.

Die Thätigkeit des Selbstverwaltungskörpers unterliegt der gleichen rechtlichen Beurteilung, wie die seines grofsen Vorbildes, des Staates. Sie ist öffentliche Verwaltung, soweit nicht gewisse Thätigkeitszweige privatwirtschaftlicher Art sich absondern als fiskalische Verwaltungen (Bd. I S. 141); diese werden dann wieder civilrechtlich zu behandeln sein. Auf jenen eigentlichen Kern kommt Civilrecht nur ausnahmsweise, nur aus besonderen Gründen zur Anwendung, was nicht ausschliefst, dafs solche besondere Gründe bei dem einzelnen Selbstverwaltungskörper geradezu vorherrschend wirken (oben § 56, III n. 1). Das ordentliche Recht dafür ist das Verwaltungsrecht mit den verschiedenen Rechtsinstituten, wie wir sie bisher zur Darstellung gebracht haben.

Besondere Gestaltungen ergeben sich gemäfs der Eigenart des Selbstverwaltungskörpers nach verschiedenen Richtungen hin. Davon allein ist hier noch zu sprechen.

I. Der verfassungsmäfsige Zweck der juristischen Person enthält in sachlicher Beziehung die Bezeichnung der Art von Thätigkeit, für welche sie da ist (oben § 56 Eing.). Diese bildet, insofern sie bestimmt ist, durch die juristische Person verwirklicht zu werden, ihren Wirkungskreis. Jede einzelne Seite des Wirkungskreises, als Ziel des Selbstverwaltungskörpers ins Auge gefafst, bedeutet eine Aufgabe für ihn. Wenn er dem Staate gegenüber rechtlich gebunden ist zur Erfüllung einer solchen Aufgabe, wird sie eine Selbstverwaltungslast[1]. Man unterscheidet aber zweierlei Arten von Wirkungskreis und dem entsprechende Lasten.

1. Der eigne Wirkungskreis ist der Wirkungskreis schlechthin, gemäfs dem soeben gegebenen Begriff und durch den Zusatz nur gekennzeichnet gegenüber der nachher zu erwähnenden Abart.

Die diesem Wirkungskreise entsprechenden Aufgaben erfüllt der Selbstverwaltungskörper zum Teil nach freier Wahl seiner Vertreter, welche Gegenstand, Mafs und Dauer bestimmen. Zum Teil ist er rechtlich daran gebunden, als an eine Last, die ihm obliegt. Diese Gebundenheit ist eigner Art. Der Selbstverwaltungskörper tritt bei

---

[1] Seydel, Bayr. St.R. IV S. 575. In einem anderen Sinne versteht man unter Gemeindelasten auch die Gesamtheit des Aufwandes, für welche die Gemeindeangehörigen schliefslich aufzukommen haben, entsprechend den „Staatslasten“; G. Meyer, St.R. S. 328; Rosin, Arb.Vers. S. 530. Vgl. oben S. 265.

Verfolgung seiner Zwecke in mancherlei Rechtsverhältnisse zu anderen, aus welchen ihm Pflichten erwachsen diesen gegenüber. Die Selbstverwaltungslast bedeutet für ihn ein rechtliches Sollen um seiner selbst willen, damit er in diesem Punkte seinen Zweck erfülle. Ein rechtliches Sollen ist es, weil es obrigkeitlich wahrzunehmen ist durch die Aufsichtsgewalt und insofern auch dem Staate oder dem höheren Selbstverwaltungskörper gegenüber besteht, der dafür über ihn gesetzt ist. Es ist der Gegenstand der aufsichtsrechtlichen Pflichtigerklärung (oben § 59, II n. 3). Für dritte, denen die Leistung zu Gute kommt, begründet es keinen Rechtsanspruch.

Die Gebundenheit besteht immer nur so weit, als eine Rechtsgrundlage dafür gegeben ist in Rechtssatz oder Statut. Sie kann sich decken mit den Aufgaben des Selbstverwaltungskörpers überhaupt. Sie kann ganz zurücktreten, weil die äufseren Gebundenheiten des Selbstverwaltungskörpers genügen, ihn in fester Bahn zu halten, oder weil der Vertretung innerhalb seines allgemeinen Zweckes freies Spiel gelassen sein soll. Es kann auch eine Auswahl getroffen sein: gewisse Aufgaben sind gebunden, andere frei [2]. Auch Mischformen sind möglich: die Vertretung bestimmt z. B. frei, ob ein Unternehmen ins Werk gesetzt werden soll, ist aber dann zur Fortführung des Begonnenen derart verpflichtet, dafs sie es nur unter Zustimmung der Aufsichtsbehörde wieder aufheben darf [3].

2. Dem stellt man nun gegenüber den übertragenen Wirkungskreis, der namentlich bei der Gemeinde unterschieden wird. Er soll bedeuten: die Besorgung von öffentlichen Angelegenheiten im Namen und Interesse des Staates [4]. Aus dieser Begriffsbestimmung ergiebt sich sofort, dafs es sich hier um etwas ganz anderes handelt, als um die Verfolgung der Zwecke des Selbstverwaltungskörpers.

Als Gegenstände, welche zum übertragenen Wirkungskreise gerechnet werden, finden wir dem entsprechend: vor allem die örtliche

---

[2] Anstaltspersönlichkeiten und Genossenschaften sind meist mit begrenzten, freien oder aufsichtsrechtlich gebundenen Aufgaben versehen ohne weitere Wahl. Ausnahme bei der Innung nach Gew.O. § 97a. Die Gemeinden dagegen haben neben gesetzlichen Aufgaben, an die sie streng gebunden sind (Hauptbeispiele: Schullast, Wegelast, Armenlast), ein weites Feld selbst zu wählender; O.V.G. 25. Febr. 1885 (Samml, XII S. 158).

[3] Eine höhere Schulanstalt, eine Strafsenanlage, einmal von der Gemeinde geschaffen, kann ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde nicht mehr aufgehoben werden; Oertel, Preufs. Städteord. S. 402 Note 2 zu § 78.

[4] So Rosin in Annalen 1883 S. 294; vgl. auch Seydel, Bayr. St. R. III S. 39 ff.; Neukamp in Arch. f. öff. R. IV S. 407 ff., 540. Loening, V.R. S. 32, will den ganzen Unterschied beseitigen.

Polizeiverwaltung, sodann die Mitwirkung der Gemeinde an der staatlichen Steuerauflage und Steuererhebung, die Führung des Standesamtes, des Vergleichsamtes und ähnliches. Die Beamten, welche diese Geschäfte besorgen, thun das im Namen des Staates. Sie werden vom Staate überwacht und geleitet, nicht kraft Aufsichtsrechts über den Selbstverwaltungskörper, sondern in den nämlichen Formen, in welchen er innerhalb seiner eigenen Behördenorganisation den richtigen Gang der Geschäfte aufrecht erhält: mit Dienstbefehl und mit Abänderungsrecht im Instanzenzug. Es ist ein staatliches Amt, welches hier geführt wird. Dieses Amt soll nur kraft Gesetzes mit dem gemeindlichen Berufs- oder Ehrenamte verbunden sein. Der Beamte nimmt eine Doppelstellung ein: er steht im allgemeinen im Dienste der Gemeinde, bezüglich dieser Amtsverrichtungen aber steht er in Dienst und Dienstgewalt des Staates und bildet ein Glied seiner Behördenordnung[5].

Von einem Wirkungskreise der Gemeinde ist demnach überhaupt nicht die Rede, sondern nur von einem besonderen Wirkungskreise ihrer Beamten. Der Anteil, den sie an der Sache hat, ist nur der, dafs sie den Aufwand für diese Geschäfte trägt und gesetzlich tragen mufs: sie stellt die Amtsträger, deren Gehalt und Dienstauslagen sie bestreitet, liefert die sächlichen Mittel an Gebäuden, Gerätschaften, Unterhaltskosten des Betriebes, haftet für alle Entschädigungen, welche Dritte aus der Thätigkeit dieses Verwaltungszweiges zu beanspruchen haben können[6]. Die Geschäfte selbst sind des Staates. Es handelt sich hier allerdings um eine Last der Gemeinde, aber um eine Last ganz anderer Art als die zuerst erwähnte Selbstverwaltungslast: nicht um eine aus dem Zwecke des Selbstverwaltungskörpers entwickelte, sondern um eine von aufsen auferlegte. Ihrer rechtlichen Natur nach ist sie eher den oben § 48 und 49 besprochenen öffentlichen Lasten verwandt, insbesondere den Vorzugslasten: die Gemeinde hat als besonders Beteiligte den Aufwand des staatlichen Unternehmens zu tragen.

Der Unterschied wird sofort schon bedeutsam an der Art der Geltendmachung; der Staat steht der Gemeinde nicht mit der Aufsichtsgewalt gegenüber, mit der sie bei der Erfüllung ihres Zweckes

[5] Besonders ausgeprägt ist diese Doppelstellung beim Stadtvorstand, insofern er zugleich die örtliche Polizeiverwaltung führt: Oertel, Preufs. Städteord. I S. 261, 262; Foerstemann, Pol. R. S. 75 ff.; Neukamp in Arch. f. öff. R. IV S. 358; Seydel, Bayr. St.R. III S. 61, 62 Note 2.

[6] Oertel, Preufs. Städteord. I S. 263; Foerstemann, Pol. R. S. 93; Seydel, Bayr. St.R. III S. 61. V.G.H. 13. April 1881 (Samml. II S. 652); O.Tr. 22. Febr. 1859 (Str. 32 S. 307); vgl. auch O.Tr. 24 Febr. 1865 (Str. 56 S. 356).

gehalten würde, sondern in einem besonderen Rechtsverhältnisse, als Lastberechtigter. Im Streitfalle wird nach den hiefür bestehenden Regeln entschieden, insbesondere pflegt für etwaige Geldansprüche der Rechtsweg zu den Civilgerichten eröffnet zu sein[7].

II. Der Selbstverwaltungskörper findet neben sich andere Selbstverwaltungskörper mit ebensolchen Aufgaben und dazu den Staat selbst, insofern er nicht bloſs obrigkeitlich über ihn gebietet, sondern als gleichartiger Mitarbeiter in Geschäften der öffentlichen Verwaltung hinzutritt. Die Beziehungen dieser juristischen Personen untereinander haben eine ganz eigenartige Rechtsnatur. Die Rechtsinstitute des Civilrechts erhalten ihre Gestalt durch das maſsgebende Grundverhältnis der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte, die des Verwaltungsrechts ordentlicherweise durch das Grundverhältnis der Ungleichheit. Hier nun erscheint öffentliches Recht zwischen Gleichen. Auch Verfassungsrecht und Völkerrecht geben ja öffentliches Recht auf Grundlage der Gleichheit, weil die öffentliche Gewalt auf beiden Seiten beteiligt ist. Im Gegensatz zu diesen handelt es sich hier immer noch um Thätigkeit der öffentlichen Gewalt zur Verwirklichung ihrer Zwecke unter der eigenen Rechtsordnung, also um Verwaltungsrecht (Bd. I S. 13).

Die Übereinstimmung des Grundverhältnisses giebt den Rechtsinstituten dieses Gebietes des Verwaltungsrechts eine groſse Verwandtschaft mit denen des Civilrechts. Dasselbe ist aber eng begrenzt. Das Nebeneinander der verschiedenen öffentlichen Verwaltungen erzeugt besondere Rechtsverhältnisse zwischen ihren Trägern nur zum Zwecke des Ausgleichs der zu tragenden Lasten in Ersatzansprüchen und Verträgen.

1. Um Ersatzansprüche zu begründen für einen Aufwand, der im Interesse des Andern gemacht worden ist, pflegt auch im Gebiete der Verwaltung sehr häufig das Rechtsinstitut der negotiorum gestio angerufen zu werden, der Geschäftsführung ohne Auftrag. Man hat sogar aufgestellt, dieses Rechtsinstitut sei ein gemeinsames, gehöre, so wie es in den Pandekten vorgetragen ist, sowohl dem Civilrecht als dem öffentlichen Rechte an.

So einfach liegt die Sache natürlich nicht. Wir müssen unterscheiden.

In dem gewöhnlichen Falle, wo ein Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung und ein Unterthan sich gegenüber stehen, kann die zum Ersatz verpflichtende Geschäftsführung ohne Auftrag, soweit sie über-

[7] O.Tr. 22. Febr. 1859 (Str. 32 S. 307), 15. Nov. 1861 (Str. 44 S. 70).

haupt möglich ist, nur die civilrechtliche sein. Diese Möglichkeit ist sehr beschränkt. Die öffentliche Verwaltung besorgt ja in reichstem Maſse Interessen der Einzelnen. Aber das thut sie um ihrer eignen Aufgabe willen und dadurch ist der Gedanke einer Geschäftsführung ohne Auftrag für jene von vornherein ausgeschlossen. Ansprüche auf Vergütungen knüpfen sich verschiedentlich daran, öffentlichrechtliche wie civilrechtliche, aber die haben jedesmal einen anderen, besonderen Rechtsgrund [8]. Wenn umgekehrt der Unterthan Geschäftsführung ohne Auftrag machen wollte für das Rechtssubjekt der öffentlichen Verwaltung, so würde sich das in der Regel vielmehr als eine unerlaubte Einmischung darstellen. Es kann aber besondere Umstände geben, wo dieser Gesichtspunkt nicht Platz greift. Dann ist das civilrechtliche Rechtsinstitut gegeben mit dem civilrechtlichen Anspruche des Geschäftsführers gegen den Staat, die Gemeinde oder die sonstige juristische Person des öffentlichen Rechts, welcher der Dienst geleistet worden ist [9].

Ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis, das der Geschäftsführung ohne Auftrag entspricht, kommt nur da zur Erscheinung, wo beiderseits juristische Personen des öffentlichen Rechts gegeben sind, deren öffentliche Verwaltung dabei in Frage ist. Auch hier ist eine negotiorum gestio nicht so ohne weiteres möglich. Jede dieser juristischen Personen, der Staat wie die verschiedenen Selbstverwaltungskörper unter ihm, hat ihr Gebiet von Geschäften zugeteilt, und ein Übergriff in die Geschäfte der anderen wäre in der Regel nur als eine Unordnung anzusehen, aus der dem fehlenden Teil jedenfalls kein öffentlichrechtlich geordneter Anspruch entstehen kann. Damit die Entstehung eines solchen Anspruchs denkbar werde, ist deshalb die erste Voraussetzung die, daſs es sich um die Besorgung eines Geschäftes handelt, zu welchem b e i d e, der Geschäftsführer wie der Geschäftsherr, be-

---

[8] So knüpft sich an die Ersatzvornahme in der Zwangsvollstreckung die öffentlichrechtliche Kostenerstattungspflicht (Bd. I § 18, II), an die Armenunterstützung das Recht zur Geltendmachung der civilrechtlichen Alimentationsansprüche des Unterstützten (Unterst.Wohns.Ges. v. 6. Juni 1870 § 62). Die Ähnlichkeit mit der negotiorum gestio ist nur ganz äuſserlich.

[9] Das Hauptbeispiel bietet der Ersatzanspruch gegen Armenverbände für Erfüllung ihrer Unterstützungspflicht durch einen Privaten. Die civilrechtliche Grundlage wird dadurch nicht geändert, daſs Formvorschriften das Recht bedingen (Anzeigepflicht) und daſs die Frage der Unterstützungspflicht der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde vorbehalten ist. O.Tr. 27. Mai 1874 (Str. 93 S. 22); R.G. 10. Jan. 1882 (Samml. III S. 270); V.G.H. 25. Mai 1880 (Samml. II S. 237); B.A. f. Heim.W. 5. Mai 1879 (R e g e r I S. 63); O.L.G. Kiel 19. Okt. 1886 (R e g e r VIII S. 286); Württemb. V.G. H. 10. Juli 1878 (Württemb. Arch. f. R. 19 S. 388).

rufen sind. Damit aber daraus auch wirklich ein Anspruch auf Ersatz erwachse, ist weiter notwendig, dafs diese Berufung keine gleichmäfsige sei. Die beiderseitigen Obliegenheiten müssen derart gesetzlich geordnet sein, dafs die des Geschäftsherrn die stärkere, endgültige ist, welche eigentlich die andere gar nicht zur Entstehung sollte gelangen lassen, die des Geschäftsführers nur eine aushelfende, einstweilige, durch jene zu deckende. Ist im Einzelfall die letztere gleichwohl zum Zuge gekommen, so entsteht hier von selbst für den Leistenden gegen den vornehmlich Berufenen je nachdem ein Anspruch auf Abnahme der Last für künftig, jedenfalls ein Anspruch auf Ersatz des ihm erwachsenen Aufwandes.

Der Anspruch gründet sich also unmittelbar auf die gemeinsame Ordnung für die zu erfüllende Aufgabe; er ist öffentlichrechtlicher Natur, wie das ganze Verhältnis[10]. Man mag ihn als einen Anspruch

[10] Das Armenwesen liefert die anschaulichsten Belege. Der Armenverband, in dessen Bezirk die Hülfsbedürftigkeit zu Tage getreten ist, hat eine vorläufige Unterstützungspflicht neben der endgültigen des Unterstützungswohnsitzes. Sein Ersatzanspruch soll aus dem Gesichtspunkt der „nützlichen Verwendung“ erklärt werden: O.Tr. 29. Sept. 1862 (Str. 47 S. 62); R.G. 10. Juni 1881 (Reger I S. 378). Wie kann man aber eine kümmerliche Billigkeitsaushülfe des Civilrechts auf das wohlgeordnete Zusammenarbeiten der öffentlichen Verwaltung übertragen! — Ähnlicher Natur ist der Ersatzanspruch des benachteiligten Armenverbandes im Falle der Abschiebung. Er ist im Gesetz nicht vorgesehen und doch anerkannt; B. A. f. Heim. W. 29. Nov. 1879 (Reger I S. 63). Sächs. M. d. I. 5. Mai 1879 (Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 219) behandelt ihn als civilrechtlichen Anspruch aus negotiorum gestio, Sächs. C.C.H. 12. Mai 1882 (Reger III S. 381) als öffentlichrechtlich; es sei, meint das Gericht, weder Delikt, noch Geschäftsführung die Grundlage; dieselbe sei vielmehr vergleichbar dem gegenseitigen Verhältnis mehrerer Gesamtschuldner. Darin liegt in der That ein gesunder Gedanke. — Die Verteilung der nämlichen Art von Last zwischen den vielen nebeneinanderstehenden Armenverbänden führt sehr häufig auch zu irrtümlichen Leistungen des einen statt des andern. Ein Ersatzanspruch wird anerkannt für den Fall des entschuldbaren Irrtums. Der Leistende war also, wie die Sache zunächst sich darstellte, ordnungsmäfsig zur Thätigkeit berufen; nach geschehener Aufklärung hat der wahre Verpflichtete für ihn einzutreten. Der Grundgedanke ist wieder der gleiche. V.G.H. 27. März 1883 (Samml. IV. S. 383) macht daraus eine öffentlichrechtliche cond. ind. auf Grund „des natürlichen Rechts und der Billigkeit.“ Vgl. die Ausführungen bei Glaessing, cond. ind. des d. öff. R. S. 67 ff. — Aus einem anderen Verwaltungsgebiet O.Tr. 5. April 1870 (Str. 79 S. 77): Für die örtliche Polizeiverwaltung ist ein Staatsbeamter bestellt, und gesetzmäfsig soll nun der Gehalt vom Staat, die Pension von der Gemeinde getragen werden. Der Staat, der dem Beamten gegenüber verpflichtet ist, zahlt die Pension und erhebt Ersatzanspruch gegen die Gemeinde aus negotiorum gestio; diese kann die Gehaltsabzüge, welche der Staat für die Pension einbehalten hat, in Abrechnung bringen mit „actio negotiorum gestorum directa“. In Wirklichkeit

aus Geschäftsführung ohne Auftrag bezeichnen wegen der äufserlichen Ähnlichkeit. Es ist aber leicht zu sehen, dafs die Regeln des civilrechtlichen Instituts nicht voll darauf passen[11]. —

Aus derartigen Verhältnissen können nachträglich auch Rückforderungsansprüche entstehen. Eine juristische Person hat einer andern eine Erstattungsforderung bezahlt, freiwillig oder gezwungen, und behauptet nun, sie sei nichts oder nicht so viel schuldig gewesen. Dann spricht man gern von einer condictio indebiti[12]. Das civilrechtliche Institut ist aber wieder nicht in Frage. Es handelt sich immer nur um die ursprüngliche öffentlichrechtliche Erstattungsforderung. Die Zahlung ist kein selbständiges civilrechtliches Rechtsgeschäft, sondern nur der Vollzug des Rechtsgrundes dieser Forderung. Dafs die zu Unrecht geleistete Zahlung rückgängig zu machen ist, bildet nur die Kehrseite des nämlichen Rechtsgrundes, den Vollzug

---

ist das nur eine Auseinandersetzung über ein öffentlichrechtliches Gemeinschaftsverhältnis. — Ähnlich der Fall der Erstattung von Transportkosten, welche eine Polizeiverwaltung unterwegs auszulegen veranlafst war: B.A. f. Heim.W. 18. Jan. 1883 (Reger II S. 260); das Bundesamt erklärt dabei allerdings, seinen besonderen Gesichtspunkt übertreibend (wie es auch sonst wohl thut), alles für civilrechtlich, was nicht armenrechtlich ist. — Das Östr. Reichsgericht (Hye 190) hat auf Grundlage der negotiorum gestio ein Kronland zur Erstattung der Auslagen verurteilt, welche dem Staat, der gesetzlich gewisse Gelder für dasselbe zu verwalten hatte, für Mehrkosten an Gehältern erwachsen waren. — In umfassender Weise erscheinen solche Erstattungsansprüche auf dem Gebiete der Arbeiterversicherung: Rosin, Arb.Vers. S. 537 ff., wo namentlich S. 540 (2, a) die richtige Begründung gegeben wird.

[11] Man könnte daran denken, das civilrechtliche Institut aushülfsweise auch zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes zu verwenden, wo die Voraussetzungen der öffentlichrechtlichen Kostenerstattungspflicht nicht zutreffen. V.G.H. 10. Okt. 1882 (Samml. IV S. 185): Ein ehemaliger Soldat, der hülfsbedürftig geworden ist, wird im Militärspital verpflegt; dasselbe, d. h. der Staat, erhebt Ersatzanspruch gegen die Heimatgemeinde; das Gericht erkennt, dafs der Ersatzanspruch nach denselben Regeln zu beurteilen sei, wie der einer Privatperson: „Kläger ist nur Privatperson; es macht nichts, dafs er juristische Person ist, denn Privatperson ist jede nicht nach dem Armengesetz zur Hülfeleistung berufene Person“. Wir würden sagen: jeder Ersatzanspruch, der nicht auf jener öffentlichrechtlichen Zusammenordnung der Leistungspflichten beruht, kann nur ein civilrechtlicher sein. Es ist aber doch sehr die Frage, ob es zulässig sein kann, dafs die eine Verwaltung sich so ohne weiteres der Aufgaben der anderen bemächtigt, um dann nach den Regeln des civilrechtlichen Verkehrs Ersatzansprüche zu erheben.

[12] Rückforderung erstatteter Armenunterstützungskosten: Bad. V.G.H. 28. Nov. 1882 (Reger VI S. 344); desgl. 4. Nov. 1885 (Samml. S. 418); B. A. f. Heim.W. 22. Sept. 1883 (Reger IV S. 167). Andere Fälle: C.C.H. 14. April 1860; O.V.G. 6. Nov. 1886.

des Nichtsollens, das er für diesen Fall gesetzt hatte. Die Rückzahlung wird damit von selbst zum Gegenstand eines subjektiven öffentlichen Rechts des Verletzten, gerade so wie die Wiederaufhebung der rechtswidrigen Mafsregel. Das ist aber keine Eigentümlichkeit der Ansprüche zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern die gemeinsame Ordnung der Wirksamkeit aller öffentlichrechtlichen Verpflichtungsgründe, wo ihrem Gegenstande nach eine Rückerstattung denkbar ist[13].

2. Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts erhalten, wie wir sahen, vielfach durch die über ihnen stehende Rechtsordnung gemeinsame Aufgaben gesetzt, so dafs jedem Körper bestimmt ist, was er zur Erfüllung dieser Aufgabe beizutragen hat. Dadurch entstehen jedesmal zugleich Rechte und Pflichten zwischen ihnen: jeder ist auch dem anderen gegenüber verpflichtet, den ihn treffenden Anteil zu leisten und zu tragen. Eine solche Gemeinsamkeit kann mit der gleichen Wirkung auch hergestellt werden für einzelne Geschäfte der von jedem zu führenden Verwaltung. Die Form ist die übereinstimmender Willenserklärungen der beteiligten juristischen Personen, welche den Gegenstand des gemeinsamen Unternehmens und den Anteil einer jeden festsetzen. Man bezeichnet das als Vertrag[14]. Das

---

[13] Bd. I S. 425. In dem obigen Gedankengange wird der Rückforderungsanspruch begründet in R.G. 2. Febr. 1884 (Samml. XI S. 70). Glaessing, cond. ind. S. 119, will versuchen, „ob nicht ein öffentlichrechtlicher Kondiktionsbegriff auf den Sätzen des öffentlichen Rechts aufgebaut werden kann“. Er findet diesen in dem Rechtsmittel einer öffentlichrechtlichen restitutio in integrum. Unseres Erachtens kommt es vor allem darauf an, wie aus dem Vollzug des ungültigen öffentlichrechtlichen Forderungstitels der Rückforderungsanspruch entsteht auch ohne die nicht nachweisbare besondere Rechtsgrundlage; das Rechtsmittel, um diesen geltend zu machen, findet sich bei uns wohl von selbst in der grundsätzlichen Zuständigkeit der Civilgerichte.

[14] Seydel, Bayr. St.R. III S. 64 ff.; Roesler, V.R. I S. 187; v. Stengel, V.R. S. 131; Jellinek, Subj. öff. R. S. 195. — Bl. f. adm. Pr. 1871 S. 31: Übereinkunft zwischen Gemeinde und Staat wegen Bau und Unterhaltung eines Gemeindewegs, der dem Staate zugleich als Leinpfad dienen soll; das Ministerium erklärt das für einen öffentlichrechtlichen Vertrag. Ebenso in Bl. f. adm. Pr. 1874 S. 379 die Vereinigung mehrerer Gemeinden zu einem Strafsenbau. Bl. f. adm. Pr. 1885 S. 396: Vertrag über gemeinsamen Brückenbau ist öffentlichrechtlicher Natur, „weil die Ortsgemeinden dabei in Erfüllung öffentlicher Pflichten gehandelt haben“. Solche „Gemeindeverbindungen zu einzelnen Anstalten und Unternehmungen“ können auch in der Weise geschlossen werden, dafs der eine Gesellschafter die Anstalt herstellt und betreibt, der andere einen Beitrag zahlen soll. Um die Zuständigkeit der Civilgerichte für diese Forderung zu gewinnen, behandelt man das gern als civilrechtlichen Vertrag. O.Tr. 12. Juni 1859 (Str. 14 S. 52): Strafsenbau mit Zuschufsversprechen der Gemeinde; O.V.G. 3. Sept. 1884:

Rechtsgeschäft und die daraus entspringenden Ansprüche gehören zweifellos dem öffentlichen Rechte an. Die beteiligten Personen stehen sich nichtsdestoweniger darin als gleiche gegenüber; insofern würde für die Anwendung des Vertragsbegriffs hier kein Hindernis vorliegen. Zum Wesen des Vertrags gehört aber auch, daſs er rechtswirksam wird durch einen darüber stehenden Rechtssatz, der diesen Willenserklärungen die Kraft verleiht. Ein solcher Rechtssatz wird in vielen, wohl den meisten Fällen für derartige Übereinkommen nicht nachzuweisen sein [15]. Wir sind deshalb genötigt, eine selbständig wirkende Kraft in dem Akte anzunehmen. Was darin zum Ausdruck kommt, ist die in der Natur des Selbstverwaltungskörpers gegebene Zuständigkeit, die ihm obliegenden Aufgaben näher zu bestimmen und zur Verwirklichung zu führen. Bei unseren als gemeinsam anerkannten Unternehmungen wird diese Bestimmung durch den gemeinsamen Akt gegeben, den man als Vertrag bezeichnet. Als gemeinsame Bestimmung kann sie einseitig nicht wieder aufgehoben werden; es ist in ihr einem Jeden Willensmacht eingeräumt über den dadurch gebundenen Vollzug auch auf der anderen Seite; das bedeutet subjektive öffentliche Rechte, die als solche geschützt sind. Ein Vertrag im juristischen Sinne dieses Wortes ist das nicht [16].

Es kann sich bei diesen Dingen um Aufgaben handeln, welche der Selbstverwaltungskörper zu erfüllen gebunden ist, um seiner selbst willen, um Selbstverwaltungslasten (oben I n. 1); dann überwacht und erzwingt die Aufsichtsbehörde die Erfüllung von Amtswegen. Aber an sich wird das Unternehmen durch die Verpflichtung der anderen

Straſsenbau einer „Societät" von Gemeinden mit Zuschuſs der Provinz; O.V.G. 9. Febr. 1889: Kreistierarzt von Staat bestellt mit Gehaltszuschuſs des Kreises; Sächs. M. d. K. 17. Juli 1880 (Sächs. Ztschft. f. Pr. I S. 367): gemeinsame Schule von der einen Gemeinde unterhalten mit Zuschuſs der anderen. Die Bayr. Praxis behandelt auch solche Verträge als öffentlichrechtliche: V.G.H. 29. Dez. 1879 (Samml. I S. 50) und vor allem das bedeutsame Gutachten von Seydel in Bl. f. adm. Pr. 1886 S. 96 ff.

[15] Jellinek, Subj öff. R. S. 211, sieht diese Schwierigkeit sehr wohl. Daſs aber der Vertrag, wie er sagt, eine allgemeine Rechtsform ist, und „gewisse allgemeine Elemente des Vertrags vorhanden sind, die auch ohne ausdrückliche Anerkennung durch den Gesetzgeber objektives Vertragsrecht bilden", scheint uns keine Lösung zu geben. „Gewisse allgemeine Elemente" sind doch keine Rechtssätze, und solche brauchen wir.

[16] Viel eher dürfte hier der Begriff der Vereinbarung zutreffen, den man neuerdings dem Vertrag an die Seite stellt: Binding, Gründung des Nordd. Bdes. S. 69 ff.; Jellinek, Subj. öff. R. S. 193 ff.; Kunze, Der Gesamtakt S. 29 ff. Der letztere findet eine Anwendung dieses Gesamtaktes insbesondere im Gebiete des Gemeindelebens, „wo eine Anzahl von Einzelgemeinden zu einem Gesamtbunde zusammentreten" (S. 56).

juristischen Person gegenüber nicht zu einer gebundenen Aufgabe in diesem Sinne. Die Rechte, welche der anderen aus dem gemeinsamen Akte erwachsen, sind von dieser allein geltend zu machen in der gemeinen Ordnung des Rechtsschutzes; bei Geldansprüchen wird, unbeschadet ihrer öffentlichrechtlichen Natur, das Civilgericht zuständig sein.

III. Um seine Aufgabe durchzuführen, bedarf der Selbstverwaltungskörper einer gewissen rechtlichen Macht über die Einzelnen, die ihm gegenüberstehen. Je nach Art und Umfang seiner Aufgabe wird er insbesondere auch mit öffentlichrechtlichen Befugnissen ausgestattet sein. Dafür giebt das Gesetz die wirksamste und überall verwendbare Grundlage. Auch ohne Gesetz wird solche Macht begründet durch Verwaltungsakte auf Unterwerfung (Verleihung, Anstellung) und vor allem in grofsem Mafsstabe durch den Eintritt in den Betrieb von öffentlichen Anstalten, die dem Selbstverwaltungskörper zustehen (Schulen, Schlachthäuser, Krankenhäuser, Markthallen u. s. w.). Man darf auch hier den freien Überblick sich nicht durch eine einseitige Formel versperren.

Zu den Formen, welche mit der öffentlichen Verwaltung des Staates gemeinsam sind, fügt aber das Recht der Selbstverwaltungskörper noch eine neue hinzu, welche ihm eigentümlich ist: die der öffentlichrechtlichen Vereinsgewalt. Sie findet sich nicht bei der Gemeinde und nicht bei der Anstalt mit juristischer Persönlichkeit, sondern ausschliefslich bei der öffentlichen Genossenschaft. Wie der Eintritt in den einfachen Verein, so begründet auch der Eintritt in die öffentliche Genossenschaft ein persönliches Rechtsverhältnis des Eintretenden, vermöge dessen namens des Vereins und für die Zwecke desselben gewisse Anforderungen an ihn gestellt werden können. Das bedeutet im ersteren Falle eine obligatorische Pflicht, und der Eintritt hat die Natur eines Vertrages. Bei der öffentlichen Genossenschaft bedeutet der Eintritt eine Unterwerfung unter die genossenschaftliche Verpflichtbarkeit, ein Sichdarbieten für die danach zu stellenden Anforderungen. Im Falle der Zwangsvereinigung wird diese Unterwerfung einfach ersetzt durch den Zwang. Die Wirkung ist ein öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis in der bekannten Form[17].

---

[17] Gierke, Gen.Theorie S. 168, kennzeichnet den Unterschied der öffentlichrechtlichen Körperschaft gegenüber der Privatkörperschaft in Bezug auf die Gestalt der Vereinsgewalt dem Grundgedanken nach übereinstimmend mit dem Obigen: „Das Ganze und der Teil erscheinen auch vor dem staatlichen Forum nicht mehr als gleichwertig. Die Verbandsgewalt stellt sich nicht mehr als Privatgewalt, sondern als öffentliche Gewalt mit obrigkeitlichem Charakter dar“. — Der hochwichtige Begriff des öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnisses, den wir, um seiner

Art und Umfang der danach zu stellenden Anforderungen giebt der Zweck der Genossenschaft oder ausdrückliches Gesetz. Das Statut bestimmt innerhalb dieses Rahmens das Genauere; nachträgliche statutenmäfsige Satzungen fügen noch Weiteres hinzu [18]. Die Einhaltung gewisser Grenzen überwacht die Aufsichtsgewalt. Eine Rechtsgrenze besteht dafür gegenüber dem einzelnen Mitglied an dem Mafse der Freiheitsminderung, das durch den Eintritt in die Genossenschaft begründet ist und den Umfang des Gewaltverhältnisses bestimmt hat.

Die Anwendung des Statuts im Einzelfall geschieht durch den Vorstand, indem er die entsprechende Pflicht auferlegt. Gemäfs der bekannten Eigentümlichkeit des Gewaltverhältnisses gehen auch hier wieder rechtsverbindliche Akte von einer Stelle aus, die keine Behörde im gewöhnlichen Sinne ist (oben S. 235 Note 3).

Als Zwangsmittel dienen gesetzliche oder statutenmäfsige Ordnungsstrafen, Ausschlufs von Vorteilen der Genossenschaft, administrative Zwangsbeitreibung [19]. Dahinter steht als Rechtsschutz für beide

---

Schwierigkeit willen, in der Lehre von den öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen zunächst nur im allgemeinen umschrieben (Bd. I S. 108 Note 13), dürfte inzwischen durch die verschiedenen Anwendungen, in welchen er aufzuweisen war, eine genügende Bestimmtheit erhalten haben (Bd. I S. 438 ff.; Bd. II S. 234 ff., S. 309 ff., S. 335 ff.).

[18] Über den Gegensatz zu den gesetzvertretenden Statuten vgl. Bd. I S. 128 ff. Als Statut wird auch der Akt bezeichnet, der im Einzelfall einer juristischen Person (Genossenschaft oder Anstalt) die Verfassung bestimmt (oben S. 390). Dieses Statut kann zugleich wichtig werden für die Dritten, welche mit den Unternehmungen der juristischen Person zu thun haben, als „Privatnorm“ für das einzugehende Verhältnis (oben S. 391 Note 5), und ebenso kann es, bei der Genossenschaft wenigstens, die hier besprochenen Generalverfügungen enthalten zur Ausübung der Vereinsgewalt. Wenn solche Privatnormen oder Generalverfügungen nachträglich für sich allein aufgestellt werden, nennt man das auch noch Statut. Also wieder ein Ausdruck, der mit Vorsicht zu behandeln ist.

[19] Über die Frage, ob den reichsrechtlichen Krankenkassen das Recht zustehe, in ihren Statuten Ordnungsstrafen anzudrehen, hat in: Arbeiter-Versorgung Bd. 6 S. 273, 493 und 525, Bd. 7 S. 130 ff. ein interessanter Meinungsaustausch stattgefunden zwischen Mugdan, Köhne und Rosin. Die Behauptung, dafs alle Strafgewalt nur entweder auf einer staatlichen Übertragung oder auf Vertrag beruhen könne (Bd. 6 S. 494), läfst unsere öffentlichrechtliche Vereinsgewalt aufser Ansatz. Da diese die nämliche ist gegenüber freiwilligen wie gezwungenen Mitgliedern, fällt auch die unnatürliche Unterscheidung hinweg, wonach die Strafdrohung nur zulässig wäre gegen jene, und gegen diese nicht (Bd. 6 S. 275). Die Befürchtung, dafs die Kassen dadurch die Freiheit ungebührlich beschränken könnten, hat Rosin (ebenda Bd. 7 S. 133) richtig widerlegt durch den Hinweis auf den Zweck der Kasse, der eine Grenze steckt. Diese Grenze steckt er eben dadurch, dafs nur nach dem Mafse dieses Zweckes das Gewaltverhältnis durch die

Teile, soweit nicht anders bestimmt ist, in vermögensrechtlichen Fragen die Civilgerichtsbarkeit und für das Mitglied die Anrufung der Aufsichtsbehörde (oben S. 420). —

Bei Anwendung aller dieser Machtmittel, wie sie dem Selbstverwaltungskörper aus verschiedenen Quellen zufliefsen, ergeben sich Besonderheiten vor allem in der Deckung, die er zu suchen hat zur Ausgleichung seines Aufwands, und in der Abwehr von Lasten, die für ihn wirksam werden sollen.

1. Die Deckung des Aufwandes, der ihm bei Verfolgung seiner Aufgabe erwächst, findet der Selbstverwaltungskörper möglicher Weise auch in einer Inanspruchnahme seiner Angehörigen. Die Form, in welcher diese geschieht, wird verschieden sein nach der Art des Selbstverwaltungskörpers.

Die öffentliche Genossenschaft verwendet ihre Vereinsgewalt, um den Mitgliedern Beitragspflichten aufzulegen. Ein Gesetz ist dazu nicht nötig. Wenn die Beitragspflicht durch ein Gesetz ausdrücklich bestätigt wird, so hat das namentlich insofern Bedeutung, als Mafs und Formen der Auflage geordnet oder besondere Erleichterungen der Zwangsbeitreibung gegeben werden sollen[20].

Der Anstaltspersönlichkeit steht ein solches Machtmittel nicht von selbst zu Gebote. Es entspricht ihrer Natur überhaupt nicht, dafs sie ihre Angehörigen, undeutlich abgegrenzt wie sie sind, zu Leistungen heranziehe. Wenn sie Gebühren erhebt von den „Destinatären des Nutzens“ ihres Unternehmens, so ist das ja etwas ganz anderes (oben S. 379 Note 6). Beitragspflichten der Angehörigen

freiwillige oder gezwungene Unterwerfung begründet ist. Darin liegt aber unseres Erachtens zugleich eine gewisse Schranke für die zulässige Höhe der anzudrohenden Strafen, die Rosin vermifst. Vgl. auch Rosin, Arbeitervers. S. 803 ff. — Prager in Arch. f. öff. R. VII S. 412 ff. bringt unseren Fall unter die Rubrik der „autonomen Strafe“, welche nach ihm den Gegensatz bildet zur „öffentlichrechtlichen Strafe“; damit stofsen wir auf eine Verschiedenheit in den Grundbegriffen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll. — Strafandrohung kraft Vereinsgewalt ist selbstverständlich nur möglich, wo ein Verein ist, also nicht bei der Anstaltspersönlichkeit. Wenn Ordnungsstrafen auch im Statut der Inv.-Vers.Anstalten angedroht werden können, so ist das nicht die Folge ihres „genossenschaftsähnlichen Charakters“ (Rosin, Arbeitervers. S. 806; vgl. oben S. 382 Note 10), sondern ausdrücklicher gesetzliche Ermächtigung. Richtig Piloty, Arb.-vers.ges. I S. 391.

[20] Gierke, Gen.theorie S. 719 Note 2; Landmann, Gew.O. I S. 620. Wenn das Gesetz die Beitragspflicht regelt und sich dadurch der Materie bemächtigt hat, so ist selbstverständlich statutarische Bestimmung darüber nur insoweit möglich, als es eine Lücke dafür hat lassen wollen; Rosin, Arbeitervers. S. 584.

können auch hier vorkommen; der Gang ist aber dann der umgekehrte wie bei der Genossenschaft: er beginnt mit der Beitragspflicht und auf diese erst gründet sich die Angehörigkeit zu der juristischen Person. Ein öffentliches Unternehmen wird begründet, an dessen Bestand und Thätigkeit einzelne nach gewissen Merkmalen erkennbare Unterthanen besonders beteiligt sein sollen. Diesen wird eine Vorzugslast dafür auferlegt in dem oben § 48 erörterten Sinne. Zugleich wird um ihretwillen und um das von ihnen Geleistete für die Anstalt zusammenzuhalten und zu verwenden, die Anstalt selbst mit juristischer Persönlichkeit ausgerüstet. Ihre Beiträge sind dann dieser geschuldet, und sie sind zugleich die Angehörigen davon[21].

Die Gemeinde endlich hat zwar ihren festbestimmten Kreis von Angehörigen, ihr Gemeindevolk. Aber diese sind nicht durchweg leistungsfähig und ihr steht keine Vereinsgewalt über sie zu. Die Zahlungen, welche sie verlangen will, bedürfen der gesetzlichen Grundlage. Die Formen, in welchen sie auferlegt werden, entsprechen ganz denen der staatlichen Finanzgewalt; die Gemeindesteuer tritt neben die Staatssteuer als direkte Steuer oder als indirekte, im ersteren Falle namentlich vielfach mit jener sich verschmelzend. Für uns ist hier vor allem eine Besonderheit bedeutsam, welche die Gemeindesteuer mit der Staatssteuer gemein hat, weil sie die Verschiedenartigkeit der juristischen Personen noch einmal beleuchtet: im Gegensatz zu den Beiträgen der Genossenschaft und Anstaltspersönlichkeiten hängt die Abgabe, welche die Gemeinde erhebt, nicht an der Angehörigkeit. Mit seltenen Ausnahmen knüpft sich die Pflicht an Werte, die auf dem Gebiete sich befinden, Vorgänge, die darauf sich abspielen, ohne Rücksicht auf die Angehörigkeit dessen, der dadurch pflichtig wird. Die Gebietskörperschaft macht darin wieder ihre Eigenart geltend. Insofern auch die Angehörigkeit am Gebiete hängt, wird im grofsen und ganzen dennoch eine thatsächliche Übereinstimmung von Abgabenpflicht und Angehörigkeit sich ergeben, wie bei den Staatssteuern. Aber rechtlich notwendig ist sie nicht.

2. Unter den Selbstverwaltungslasten nehmen nach deutschem Rechte eine hervorragende Stelle ein die Unterstützungspflichten gegenüber Hülfsbedürftigen. Dem entsprechen mannigfache Freiheitsbeschränkungen der Einzelnen, für welche die Unterstützungspflicht in Anspruch genommen werden kann.

Es ist als ein zu mifsbilligendes Unrecht angesehen, wenn die

---

[21] Das Hauptbeispiel bietet die Inval. u. Alt.Versicherung (oben S. 400 Note 9). Über die Beitragspflichten auf Grund einer Vorzugslast oben S. 277 ff.

Voraussetzung für das Wirksamwerden dieser Pflicht, die Hülfsbedürftigkeit, durch unwirtschaftliches Verhalten, Arbeitsscheu und leichtfertigen Lebenswandel geschaffen wird. Strafrechtssätze knüpfen daran ihre Drohungen[22]. Dazu ist dem nächstbeteiligten Selbstverwaltungskörper verschiedentlich Macht gegeben, mit Befehl und Zwang den Ursachen der Hülfsbedürftigkeit entgegen zu wirken, um sich gegen bevorstehende Belastungen zu schützen oder ihre Ausdehnung zu beschränken: Vorschriften zur Unfallverhütung, Vorschriften für das gesundheitsmäfsige Verhalten der unterstützten Kranken, Zwang zur Arbeit gegen Mittellose[23].

Andererseits führt die Rücksicht auf die richtige Verteilung der Unterstützungspflicht zwischen den verschiedenen Selbstverwaltungskörpern zu einschneidenden Machtmitteln, die diesen den Einzelnen gegenüber gegeben sind, um die Schaffung der Voraussetzungen für ihre besondere Verpflichtung zu verhindern und so die Wirkung der Hülfsbedürftigkeit zwischen ihnen zu regulieren. Das hat seinen Boden vor allem bei der allgemeinen Armenunterstützungspflicht, die an Wohnsitz und Aufenthalt geknüpft ist. Einzelne, die nach ihren persönlichen Verhältnissen oder nach bestimmten Thatsachen, in welchen diese sich kundthun, geeignet erscheinen, diese Pflicht wirksam werden zu lassen, können von der Gemeinde abgewiesen werden, wenn sie anziehen, ausgewiesen werden, wenn sie schon einen Wohnsitz genommen haben. Dieses Machtmittel unterliegt den Bedingungen der über den pflichtigen Armenverbänden stehenden Ordnung, wonach für jeden Hülfsbedürftigen eine Versorgung bereit sein mufs. Es ist daher ausgeschlossen, wenn nach jener Ordnung der bedrohte Selbstverwaltungskörper für diesen Einzelnen schon als der endgültig unterstützungspflichtige bestimmt ist; und falls ein anderer endgültig unterstützungspflichtig sein soll, kann es nur angewendet werden, wenn dieser feststeht und zur Übernahme bereit oder zwingbar ist. Die Form ist die des Befehls an den Ab- oder

[22] Stf.G.B. § 361 Ziff. 5.

[23] Über gesetzliche Bestimmungen dieser Art vor allem: Zimmermann in Schriften des Ver. f. Armenpfl. u. Wohlthätigk. Bd. XVI S. 207 ff. Vgl. auch R.G. 4. Juli 1882 (Reger III S. 55); Münsterberg in Wörterbuch I S. 85 ff.; Seydel, Bayr. St.R. V S. 229. Statutenmäfsige Ordnungen in Kr.K.Ges. 10. April 1892 § 6a Abs. 2; Unf.Vers.G. v. 9. Juli 1884 § 78. Die durch die letztere Bestimmung ermächtigten Unfallverhütungsvorschriften richten sich teils an die Mitglieder, teils an Dritte. Den Mitgliedern hätten sie auch ohne Gesetz, kraft Vereinsgewalt gegeben werden können; über die versicherten Arbeiter wird nun bezüglich ihres Verhaltens im Betriebe ein entsprechendes Gewaltverhältnis durch das Gesetz begründet. Es sind keine Rechtssätze, sondern Generalverfügungen.

Auszuweisenden mit Zwang durch Gewaltanwendung zur Wegschaffung. Daran schliefst sich nötigenfalls der Zwang zur Übernahme gegen den endgültig Unterstützungspflichtigen; er vollzieht sich in den Formen der Aufsichtsgewalt. Die Feststellung der bestrittenen Pflicht, die gegebenen Falls allen thatsächlichen Mafsregeln vorausgehen mufs, geschieht im Verwaltungsstreitverfahren zwischen den beteiligten Armenverbänden [24].

§ 61.

Untergang des Selbstverwaltungskörpers.

Wie für die Entstehung des Selbstverwaltungskörpers, so liegt auch für die Art, wie er wieder zur Endigung gebracht wird, der Schwerpunkt in dem dabei thätigen Willen des Staates. Allein dieser Wille ist hier nicht so voraussetzungslos und nicht so ausschliefslich mafsgebend wie dort. Gegenüber der Thatsache des einmal vorhandenen Selbstverwaltungskörpers handelt es sich jetzt um eine Zerstörung von subjektivem Rechte, das doch im Rechtsstaate seine eigne Schwerkraft und Bestandsicherheit hat [1].

Das Gesetz kann natürlich alles; es kann jederzeit jeden Selbstverwaltungskörper aufheben, es kann auch den Behörden allgemeine Ermächtigungen geben dazu. Der Ordnung des Rechtsstaates entspricht es, gesetzliche Einzeleingriffe zu vermeiden und die den Behörden zu erteilenden Ermächtigungen nicht in deren freies Ermessen zu stellen, sondern zu binden an bestimmte, im Gesetze vorgesehene Gründe.

Statt durch Gesetz kann das Aufhebungsrecht der Behörden auch

---

[24] Eger, Unt.wohns.ges. S. 122 ff. Einzelheiten: O.V.G. 16. März 1881; B.A. f. Heim.W. 5. Febr. 1881 (Reger II S. 277); 2. Febr. 1884 (Reger VI S. 45). Dem Bayrischen Heimatssystem, das die Angehörigkeit und damit die Unterstützungspflicht wesentlich an die Abstammung knüpft, entspricht es, dafs als Schutzmittel gegen drohende Belastung neben die Aufenthaltsbeschränkungen auch eine Beschränkung der Eheschliefsung trete; Seydel, Bayr. St.R. V S. 182. Beides pflegt unter dem Namen „Armenpolizei" begriffen zu werden. Polizei im heutigen Sinn des Wortes (Seydel a. a. O. S. 6) ist es nicht; es besteht nur eine äufserliche Ähnlichkeit der Formen des Vorgehens gegen den Betroffenen. Der leitende Gedanke ist das besondere Finanzinteresse des zu belastenden Körpers. Das Verhältnis zu anderen Lastträgern, das überall hereinzuspielen vermag, giebt den Rechtsgestaltungen hier auch äufserlich eine Eigenart gegenüber den gewohnten Erscheinungen des Polizeirechts.

[1] Pfeifer, Jur. Pers. S. 117: eine gesetzliche Grundlage ist erforderlich, weil hier „öffentliche Rechte . . . beeinträchtigt werden".

begründet werden durch einen Vorbehalt im Verfassungsstatut des Selbstverwaltungskörpers. Auch dieser Vorbehalt wird nur zulässig sein für den Fall bestimmter bezeichneter Gründe; ein freies Widerrufsrecht wäre gleichbedeutend mit der Verneinung der zu begründenden Selbständigkeit[2].

Der Normalgrund für gesetzliche Ermächtigungen wie für Vorbehalte ist die Unmöglichkeit der ferneren Erfüllung des Zweckes, für den der Selbstverwaltungskörper da ist. Er gilt immer als stillschweigend gemeint; wenn einzelne Umstände, unter denen er gegeben sein soll, besonders hervorgehoben werden, so sind andere Fälle dadurch nicht ausgeschlossen.

Der Wille des Staates ist aber auch nicht ausschliefslich mafsgebend. Bei der Entstehung des Selbstverwaltungskörpers spielen dessen künftige Angehörige insofern eine Rolle, als sie thatsächliche Voraussetzungen liefern für den schöpferischen Staatsakt. Jetzt ist der Körper selbst da mit seiner geordneten Vertretung. Diese kann zur Mitwirkung berufen sein bei seinem Untergang, möglicherweise denselben auch unmittelbar herbeiführen durch ihren Willensakt. Dadurch werden die Arten des Unterganges mannigfaltiger als die der Entstehung.

I. Bei der öffentlichen Anstalt oder Stiftung mit juristischer Persönlichkeit wird auch hier wieder wegen Mangels eines selbständigen Einflusses ihrer Angehörigen die Zugehörigkeit zum Muttergemeinwesen von vorwiegender Bedeutung.

1. Die öffentliche Anstaltspersönlichkeit endigt ordentlicherweise durch staatlichen Aufhebungsakt. Dem steht gleich der namens eines übergeordneten Selbstverwaltungskörpers ergehende, der kraft Selbstverwaltungsrechtes an Stelle des Staates erlassen wird.

Wegfall des Stiftungsvermögens und Undurchführbarkeit des Anstalts- oder Stiftungszweckes, die gewöhnlich hier genannt werden, sind keine selbständig wirkenden Endigungsgründe[3]. Sie sind nur die wichtigsten Rechtfertigungsgründe für einen Aufhebungsbeschlufs der Behörde. Sie bekunden aufs greifbarste, dafs der Körper seinen Zweck nicht zu erfüllen vermag. Aber deshalb geht er nicht von selbst unter. Die Anstaltspersönlichkeit kann ohne Vermögen bestehen in der Hoffnung

[2] Pfeifer, Jur. Pers. S. 117, 150; Rosin, Öff. Gen. S. 150 ff.

[3] Als welche sie die alte Lehre vom Substrat behandelt: Roth, Bayr. Civ.R. I S. 118; Foerster-Eccius, Preufs. Pr.R. IV S. 680; Stobbe, D. Priv.R. § 62, 4b; Brinz, Pand. II, 2 S. 1137; E. Mayer in Wörterbuch I S. 696; Sartorius ebenda, 2. Erg.Bd. S. 280.

auf zukünftiges; die Undurchführbarkeit des Zweckes kann eine vorübergehende sein. Wie lange zugewartet werden kann, ist Sache der Würdigung der Behörde[4].

Eine sonstige Befugnis, die Endigung herbeizuführen, giebt es nicht: die Vertretung hat hier keinen selbständigen Willen (oben § 58, II n. 2)[5], und die Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers stehen ganz im Hintergrund (oben § 56, I).

2. Wenn die juristische Persönlichkeit der Anstalt oder Stiftung unterdrückt wurde wegen Wegfall ihres Vermögens, so ist alles erledigt. Soll jedoch die Behörde die Aufhebung ausgesprochen haben aus anderen Gründen, wegen Undurchführbarkeit des Zweckes z. B., so entsteht die Frage: was geschieht mit dem Vermögen?

Das Schicksal dieses Vermögens kann durch gesetzliche Regel allgemein geordnet sein; es kann auch das Verfassungsstatut des einzelnen Körpers Vorsorge getroffen haben. Wenn nichts dergleichen vorliegt, sind weder die Vertreter der juristischen Person berufen, die erforderliche Bestimmung zu geben[6], noch steht den Stiftern und sonstigen Gebern ein Rückforderungsrecht zu[7].

---

[4] So Pfeifer, Jur. Pers. S. 150; Meurer, Heil. Sachen S. 79 ff.; Windscheid, Pand. § 61; Regelsberger, Pand. I S. 356. Der letztere bemerkt mit Recht: „Wegen der Unbestimmtheit des Momentes der Vermögenszerrüttung ist ein Aufhebungsbeschlufs der Aufsichtsbehörde Bedürfnis.“ Die Aufhebung wird allerdings auch stillschweigend geschehen können. Mit Rücksicht auf den völligen Vermögensverfall unterläfst es z. B. die Behörde, eine Vertretung für den Körper zu bestellen, wozu sie verfassungsmäfsig berufen wäre. So lange sie aber das nicht thut, sondern fortfährt, dafür Vorkehrung zu treffen, und wäre auch gar nichts mehr von Vermögen vorhanden, darf man den Körper nicht für untergegangen ansehen.

[5] Gierke, Gen.Theorie S. 850 Note 2. Bad. Ges. v. 9. April 1880 § 9, welches nach Gierke eine Ausnahme bildet, insofern es die Vertretung der Sparkassen zur Aufhebung derselben ermächtigt, dürfte nicht so aufzufassen sein. Die causa efficiens liegt auch hier in der Genehmigung der Behörde, der Beschlufs der Vertretung der Sparkasse hat nur die Bedeutung eines Antrages.

[6] Gierke, Gen.Theorie S. 860, bezeichnet das als eine „mangelnde Testierfähigkeit“ dieser juristischen Personen.

[7] Schenkung an eine juristische Person unter besonderer Zweckbestimmung (sub modo), ist etwas anderes als Schenkung an eine juristische Person, um ihres bestimmten Zweckes willen; nur im ersteren Falle ist eine Rückforderung vorbehalten, im zweiten ist die Schenkung unverumstandet. Ein Beispiel der ersteren Art in Bayr. C.C.H. 11. Jan. 1859 (Moritz II S. 556). Dem Staat war gegeben worden behufs Gründung einer Studienanstalt; bei Aufhebung der Anstalt steht dem Schenker die Rückforderung zu. Wäre die Anstalt mit besonderer juristischer Persönlichkeit bereits begründet gewesen und dieser geschenkt worden, so wäre bei Untergang dieser Persönlichkeit keine Rückforderung gegeben. Kraft be-

Sehr häufig werden die civilrechtlichen Bestimmungen über bona vacantia angerufen, wonach also das herrenlos gewordene Vermögen dem Fiskus zufiele. Das mag in zahlreichen Fällen zu dem nämlichen Ergebnis führen, wie die richtige Auffassung. Aber diese selbst mufs die Eigenart des Selbstverwaltungskörpers zum Ausgangspunkte nehmen[8].

Die Regel für die bona vacantia wird ihre gute Anwendung finden können auf das hinterlassene Vermögen civilrechtlicher Stiftungspersönlichkeiten. Bei diesen kann man wirklich sagen, dafs das Vermögen einfach ins Leere fällt, wenn es der Fiskus nicht auffängt. Anders bei der öffentlichen Anstaltspersönlichkeit. Hier handelt es sich um ein Stück öffentlicher Verwaltung, das ohne den Selbstverwaltungskörper zum Geschäftskreise eines bestimmten oberen Gemeinwesens gehören würde, zum Staate oder zur Gemeinde, zum Kreise u. s. w. So lange die besondere juristische Persönlichkeit dafür besteht, wird durch sie das Interesse und das Recht des Muttergemeinwesens an ihrem Unternehmen und ihrem Vermögen zurückgedrängt auf die Geltendmachung vereinzelter Einflufsnahmen. Mit ihrem Wegfall wird diese allein noch übrigbleibende Zugehörigkeit von selbst zum vollen Recht[9].

Dieses Heimfallsrecht, wie man es treffend bezeichnet, ist demnach für das hinterlassene Vermögen der Anstaltspersönlichkeit das Natürliche, Selbstverständliche. Sofern das Muttergemeinwesen der Staat selbst ist, trifft es mit der Regel für bona vacantia zusammen, sonst nicht[10].

3. Es ist unverkennbar, dafs das Heimfallsrecht zu Mifsbräuchen

---

sonderen Vorbehalts im Statut könnte ein Heimfallsrecht zu Gunsten eines Stifters wohl auch dann begründet sein: Gierke, Gen.Theorie S. 870 Note. Nur von selbst versteht es sich nicht.

[8] Als bona vacantia wollen die Hinterlassenschaft ansehen: Mot. z. Bad. Stiftungsges.Entw. v. 1869; Meurer, Heil. Sachen I S. 50. Dagegen mit Recht Roesler, V.R. I S. 218: „Es ist dies ein privatrechtliches Argument, das mit dem öffentlichen Charakter der Stiftungen unverträglich ist“.

[9] Gierke, Gen.Theorie S. 868 ff., fafst das so auf, dafs die untergeordnete juristische Person selbst „in das gröfsere Ganze, dessen Glied sie war, aufgeht“ und ihr Vermögen nach sich zieht.

[10] Gierke, Gen.Theorie S. 860 ff. („socialrechtliche Succession“). Wenn er, S. 869 Note 2, sagt: „Bei Reichsanstalten (wie der Reichsbank) ist natürlich das Reich heimfallsberechtigt“, so scheint uns das Beispiel nicht zu passen: Die Reichsbank ist keine öffentliche Anstaltspersönlichkeit, und was Bankges. § 41 vorsieht, kein Heimfallsrecht, sondern das gewöhnliche Rückkaufsrecht des Staates, wie es bei Verleihung öffentlicher Anstalten vorgesehen zu werden pflegt (oben S. 317); die Aktionäre der Reichsbank werden ja abgefunden.

Anlafs geben kann. Wenn hinter der behördlichen Erklärung, durch welche der Selbstverwaltungskörper aufgehoben wird, ein fiskalischer Vermögenserwerb steht, ist wenigstens für die volkstümliche Anschauung der Verdacht nahe gelegt, dafs man verhältnismäfsig gern zu jener Erklärung schreiten möchte. Das Vertrauen in die juristische Person, das ja gerade ihren Wert für das öffentliche Interesse ausmacht, könnte dadurch bei dem Publikum, auf dessen Gaben gerechnet wird, erschüttert werden. Aus dieser Rücksicht sind vielfach gesetzliche, teilweise sogar verfassungsrechtlich besonders gesicherte Bestimmungen ergangen, welche das Heimfallsrecht bei öffentlichen Anstaltspersönlichkeiten ausschliefsen. Dadurch ist von selbst auch die Behandlung ihres Vermögens als bona vacantia ausgeschlossen. Was soll also damit werden, wenn die Anstalt ihren Zweck nicht mehr zu erfüllen vermag? Für die Aufhebung mit Heimfallsrecht mufs irgend ein Ersatz geschaffen werden. Diesen Ersatz gewährt die Änderung des Stiftungszweckes[11].

Der Zweck bestimmt dermafsen die Individualität der juristischen Person, dafs eine Änderung desselben der Aufhebung mit Neugründung gleichzuachten ist; es ist eine Novation der Persönlichkeit. Sie kann nur geschehen durch behördlichen Akt, wie Gründung und Aufhebung, und das Gesetz setzt der Zulässigkeit desselben Bedingungen und Schranken. Es wird entweder geradezu die Undurchführbarkeit des bisherigen Zweckes gefordert, oder das Eingreifen einer höheren Behörde als die für die Errichtung zuständige, möglicherweise eines Sondergesetzes. Überdies pflegt dazu noch notwendig zu sein die Zustimmung der Beteiligten. Unter diesen sind, soweit das Gesetz sie nicht besonders bezeichnet, nur zu verstehen die rechtlich Beteiligten, d. h. die ein rechtlich anerkanntes Interesse am Bestande des Selbstverwaltungskörpers haben. Beteiligt in diesem Sinne ist einerseits das Muttergemeinwesen, zu welchem die Stiftung oder Anstalt gehört, sofern es ein anderes ist als der Staat, dessen Wille ohnehin im Änderungsausspruch der Behörde erscheint. Sodann sind dahin zu rechnen solche Angehörige des Selbstverwaltungskörpers, Stifter und Geber, welchen verfassungsmäfsig gewisse Rechte zuerkannt sind zur Geltendmachung ihres Interesses am Bestande des-

---

[11] Darüber: Foerster-Eccius, Preufs. Priv.R. IV S. 686; Roth, Bayr. Civ.R. I S. 318; Seydel, Bayr. St.R. IV S. 623 ff.; Roesler, V.R. I S. 217 Note 10; Sartorius in Wörterbuch II. Erg.Bd. S. 281. Dem gleichen Interesse dient in abgeschwächtem Mafse die Rechtsvorschrift, wonach das heimfallende Vermögen zu ähnlichen Zwecken wieder Verwendung finden soll; Gierke, Gen.Theorie S. 870 ff.

selben: Mitwirkung an der Verwaltung, Aufsichtsbefugnisse darüber, Heimfallsrechte für den Fall des Untergangs [12]. Nicht dagegen werden hier als Beteiligte mit selbstverständlichem Zustimmungsrechte anzusehen sein: Stifter und Geber schlechthin, Vertreter der bisherigen Anstaltspersönlichkeit und die Interessenten der Anstalt oder Stiftung, denen nur die Thätigkeit derselben zu gute kommen sollte. Das über die Rechtsstellung dieser verschiedenen Personen seinerzeit schon Ausgeführte wird hier wieder von mafsgebender Bedeutung (oben § 56, I; § 57, I).

II. Die öffentliche Genossenschaft, im Gegensatze zu der eben behandelten öffentlichen Anstalt oder Stiftung, besitzt eine Vertretung, in welcher ein selbständiger Wille gegenüber dem Staatswillen zur Geltung kommt: der Wille der Vereinsmitglieder, der Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers. Das wird auch bei ihrer Endigung von Wichtigkeit.

1. Die Endigung der öffentlichen Genossenschaft kann nicht blofs namens der Staatsgewalt (oder, was ja gleich gilt, namens eines dazwischenstehenden anderen Gemeinwesens), sondern auch von der Vertretung selbst herbeigeführt werden, sei es dafs sie zu diesem Zwecke an jenem obrigkeitlichen Akte mitwirkt, sei es dafs sie für sich allein den Erfolg herbeigeführt. Deshalb zerlegt sich hier der Aufhebungsakt in zwei Arten: geht die entscheidende Willensäufserung von der darüber stehenden Behörde allein aus, so nennen wir das die Schliefsung der Genossenschaft; ist es die Vertretung, welche sie macht, so spricht man von einer Auflösung der Genossenschaft. Beide Formen können auch gemischt sein [13].

Eine einseitige Auflösung durch Beschlufs der Vertretung ist unzulässig jedesmal, wo der Selbstverwaltungskörper auf Zwangsvereinigung beruht (oben § 57, II n. 2). Wo für die Entstehung die Form des halben Zwanges Verwendung findet, kann für die Auflösung der gleiche Mehrheitsbeschlufs genügen oder eine behördliche Bestätigung vorbehalten sein. Überall dagegen, wo die staatliche Anerkennung des

---

[12] Seydel, Bayr. St.R. IV S. 628. Seine Aufzählung der rechtlich Beteiligten giebt wohl in N. 1 u. 2 unsere Fälle wieder; die N. 3: „Diejenigen, welche ein erworbenes Recht aus der Stiftung haben“, geht zu weit. Die Gläubiger der Stiftung brauchen doch nicht zuzustimmen; ihre Rechte bleiben unberührt.

[13] Die Ausdrücke stehen allerdings nicht fest: Rosin, Öff. Gen. S. 145; ders., Arbeiter-Vers. S. 671. Sie beziehen sich übrigens dem Wortsinne nach vielmehr auf den der juristischen Person zu Grunde liegenden Verein als auf diese selbst. Meist gehen ja beide wohl zusammen unter; wo das nicht der Fall ist, wird unsere Ausdrucksweise nicht stimmen. Wir hätten besser eine andere.

Vereins und seines Unternehmens als eines öffentlichen und damit seine Umwandlung in einen Selbstverwaltungskörper als eine bloſse Vergünstigung anzusehen ist, mehr die bloſse Nützlichkeit für das öffentliche Interesse damit ausgesprochen werden sollte, als die Notwendigkeit, kann durch den Verein auf diesen Vorteil frei verzichtet werden und ist die Auflösung durch Beschluſs der Vertretung, der ja zugleich Vereinsbeschluſs ist, für zulässig zu erachten [14].

Diese Auflösung bedarf, wo sie zulässig ist, keines weiteren Grundes; es genügt, daſs die Angehörigen der Genossenschaft nicht mehr wollen. Anders die Schlieſsung, die ohne oder gegen den Willen der Vertretung geschieht. Sie setzt voraus bestimmte, im Gesetze vorgesehene oder im Statut vorbehaltene Gründe [15]. Davon wird der wichtigste und überall selbstverständliche wiederum der sein, daſs sich herausstellt, die Genossenschaft könne ihren Zweck nicht erreichen, sei es, daſs dieser unmöglich geworden, sei es, daſs nur sie gerade unfähig erscheint, ihn gehörig zu erfüllen, durch Ungenügendheit ihrer Mittel oder durch Ungeeignetheit des für alle ihre Lebensäuſserungen maſsgebenden Menschenmaterials, ihrer Angehörigenschaft [16].

2. Der Schlieſsungsgrund wegen Mangelhaftigkeit der Angehörigenschaft ist eine Eigentümlichkeit der öffentlichen Genossenschaft. Die Mangelhaftigkeit selbst kann auf zweierlei Weise erscheinen: im einfachen Nichtvorhandensein einer entsprechenden Mitgliederzahl und in der Untauglichkeit der vorhandenen Mitglieder.

Es gehört zum Wesen der öffentlichen Genossenschaft, daſs sie ihre Thätigkeit entwickeln und ihren Zweck verfolgen soll auf der Grundlage eines Vereines von Angehörigen. Die scholastische Lehre vom Substrat machte aus dem Vorhandensein und Bestand eines solchen Vereins eine Daseinsbedingung der öffentlichen Genossenschaft, wie aus dem Vorhandensein eines gewissen Vermögens die Daseinsbedingung der Stiftungs- oder Anstaltspersönlichkeit, der Art, daſs mit

---

[14] Besondere Gesetzesbestimmungen können Abweichendes bringen. Über die verschiedenen Spielarten der Auflösung: Rosin, Öff. Gen. S. 197 ff.

[15] Das entspricht wenigstens den Forderungen des Rechtsstaates: Gierke, Gen.Theorie S. 846 Note 1. Bei Zustimmung oder Antrag der Genossenschaftsvertretung sind solche Gründe nicht notwendig: Rosin, Öff. Gen. S. 149.

[16] Als weiterer Fall der zulässigen Schlieſsung mag wohl auſserdem noch aufgezählt werden der, wo die Begründung der Genossenschaft in Verletzung gesetzlicher Vorschriften stattfand; Rosin, Öff. Gen. S. 149. Das ist aber einfach die überall Platz greifende Rückgängigmachung eines ungültigen Verwaltungsaktes. Gew.O. § 103 Ziff. 1 hebt sie bei der Innung nur deshalb hervor, um ein besonderes Verfahren zu ordnen; Landmann, Gew.O. I S. 651 Note 1a.

dem Wegfall dieses Substrates jedesmal die juristische Person erlischt[17]. Das ist aber hier ebensowenig richtig wie dort. Die öffentliche Genossenschaft ist so wenig ein Verein, wie die Stiftung oder Anstalt ein Vermögen. Sie ist eine juristische Person, welche die Bestimmung hat, mit einem Verein ausgestattet zu sein. Ihr Verein kann unter Umständen weggefallen sein, die eine stillschweigende Auflösung enthalten; soweit eine solche zulässig ist, ist die Frage alsdann durch diese erledigt. Ist ihr sonst der Verein abhandengekommen, so liegt darin ein Doppeltes. Einmal entbehrt sie dann der Einzelmenschen, um deren willen sie als juristische Person da sein soll; sie ist insofern in der gleichen Lage wie eine öffentliche Anstaltspersönlichkeit, die noch auf Geber und Stifter wartet (oben § 57, II n. 1). Sodann aber, das kommt hier noch dazu, ist sie in diesem Zustande unbrauchbar für das öffentliche Interesse, für den öffentlichen Zweck, dem sie dienen soll; denn im Gegensatz zur Anstalt oder Stiftung soll sie diesen gerade durch die Mitarbeit und die Leistungen von Mitgliedern, von Angehörigen erfüllen. Weder das eine, noch das andere aber macht sie von selbst untergehen, es kann nur einen Grund abgeben für die darüber gesetzte Obrigkeit, um ihre Endigung zu bewirken[18]. Bei Aussichtslosigkeit der Sache wird sie schliefsen. Das kann ausdrücklich geschehen oder auch stillschweigend durch Mafsregeln, die ergriffen werden, um das Unternehmen zu liquidieren, das Vermögen auseinanderzusetzen oder anderweit darüber zu verfügen. Sie mufs aber auch zuwarten können, ob der Mangel durch Eintritt neuer Mitglieder sich wieder heben möge. Zu diesem Zwecke wird sie nötigenfalls eingreifen, um die Bestände beisammenzuhalten, die einstweilige Fortführung des Unternehmens zu sichern; die Aufsichtsgewalt giebt ihr die Rechte dazu. Bildet sich der Verein wieder, so gilt die Genossenschaft als nicht unterbrochen. Greift der Staat nicht ein, wo es zur Erhaltung dieser Möglichkeit notwendig wäre, so liegt darin der Schliefsungswille[19].

[17] Vgl. oben Note 3. Dafs man statt eines Vereins auch das bekannte Eine Mitglied genügen läfst, um den Fortbestand der juristischen Person zu sichern, ist nicht folgerichtig; Pfeifer, Jur. Pers. S. 113.

[18] Dafs hier besondere Rücksichten hereinragen, ist schon bei Savigny, System II S. 280, angedeutet: auch nach Verlust aller Mitglieder besteht die Korporation dann fort, „wenn ihr ein dauernder Zweck von öffentlichem Interesse zu Grunde liegt". Ähnlich Böhlau, Rechtssatz und Personenrolle S. 40.

[19] Gierke, Gen.R. III S. 350, 497 ff., 745; ders., Gen.Theorie S. 834 ff. Nach Gierke würde eine Genossenschaftsperson, die ihren Verein verloren hat und deren der Staat sich annimmt, um die Sache einstweilen fortzuführen, in eine „reine Anstalt" verwandelt. Stobbe, D. Pr.R. I § 54 Note 4, hält dem ent-

Die Mangelhaftigkeit der Angehörigenschaft, welche einen Schliefsungsgrund abgiebt, kann zweitens auch darin liegen, dafs wohl Mitglieder der Genossenschaft in gehöriger Anzahl vorhanden sind, diese aber untauglich erscheinen, der juristischen Person den Verein zu liefern, auf den sie gebaut sein soll. Die Frage, wann das der Fall sei, wird rechtsstaatsmäfsig nicht dem freien Ermessen der schliefsenden Behörde überlassen bleiben. Es werden immer gewisse Verfehlungen vorausgesetzt; Gesetzwidrigkeiten in der Genossenschaftsverwaltung, hartnäckige Nichterfüllung der obliegenden Pflichten, Verfolgung von Zwecken, die der Genossenschaft fremd sind, bilden die Hauptfälle[20].

Diese Verfehlungen genügen aber nicht, wenn sie nur Einzelnen zur Last fallen, dem Vorstand oder Genossenschaftsbeamten; die Körperschaft, die Genossenschaft selbst mufs sich schuldig gemacht haben, wie die gemeine Redeweise es ausdrückt. Darunter ist natürlich nicht die juristische Person verstanden, sondern die Gesamtheit der Angehörigen, denen sie dient. Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung oder freiwillige Unthätigkeit der Mitglieder gegenüber dem Treiben einer führenden Gruppe stellen allein das schuldhafte Verhalten vor, auf das es hier ankommt. Darin sieht das Gesetz den Beweis, dafs der zu dieser juristischen Person gehörige Verein nach der Gesinnung, die in ihm herrscht, sie unfähig macht, ihren Zweck gehörig zu erfüllen. Es ist eine Art reinigender Disciplin, welche die Behörde

---

gegen, dafs alsdann mit Eintritt neuer Mitglieder abermals ein Wechsel in der Art der juristischen Persönlichkeit vor sich gehen würde, und folgert aus der Unnatürlichkeit solcher „Metamorphosen", dafs man eine Fortdauer der juristischen Persönlichkeit ohne Mitglieder nicht zugeben dürfe. Unsere Auffassung trifft das nicht. Denn die öffentliche Genossenschaft ist eine juristische Person, die ihrer Verfassung gemäfs für einen Verein von Angehörigen bestimmt ist; als solche bleibt sie zunächst auch nach dem Verluste dieser Angehörigen gekennzeichnet; sie wird keine Anstaltspersönlichkeit dadurch, dafs, mangels von solchen, der Staat ihre Geschäfte einstweilen besorgt. — Nicht zu übersehen ist freilich, dafs die hergebrachte Ausdrucksweise wieder Schwierigkeiten bereitet. Genossenschaft ist eigentlich der Name des Vereins; nun gebrauchen wir das Wort zur Bezeichnung der juristischen Person; diese kann fortbestehen ohne Verein; da wird denn dem Sprachgefühl die harte Zumutung gemacht, dafs man uns reden lasse von einer Genossenschaft ohne Genossenschaft. Aber doch nur dem Sprachgefühl, die juristischen Begriffe sind in Ordnung.

[20] Beispiele: Gew.O. § 103 n. 2 u. 3; Preufs. Ges. v. 1. April 1879 § 61 n. 2. Umfassend A.L.R. II 6 § 189, 190. Gegen die einschränkende Auslegung von Pfeifer, Jur. Pers. S. 121, wonach damit keine Schliefsung ermächtigt sein solle, mit Recht Gierke, Gen.Theorie S. 777 Note 2. Vgl. auch Roesler, V.R. I S. 257 Note 2, der sich aber irrtümlich auf Pfeifer beruft.

auszuüben ermächtigt ist, indem sie dem so schlecht ausgestatteten Selbstverwaltungskörper ein Ende bereitet[21]. —

Äufserlich verwandt, aber rechtlich ganz anderer Natur ist ein dritter Grund des Untergangs der Genossenschaft, der auf einer Mangelhaftigkeit ihrer Mitglieder beruht. Es handelt sich um die polizeiliche Schliefsung des Vereins. Dadurch dafs ein Verein juristische Persönlichkeit des öffentlichen Rechtes besitzt, ist die Anwendbarkeit des gemeinen Vereinsrechtes auf ihn nicht von selbst ausgeschlossen. Nur soweit das Gesetz mit Rücksicht auf diese Besonderheit eigene Regeln für die Gründung und die Endigung dieses Vereines aufstellt, gehen diese vor. Wenn nun auf Grund des Vereinsrechts eine polizeiliche Schliefsung erfolgt, so richtet sie sich nicht gegen die juristische Person, sondern nur gegen den Verein. Die juristische Person erscheint gar nicht als Gegenstand der polizeilichen Mafsregel. Soll sie also noch fortbestehen? möglicherweise durch Eintritt neuer Mitglieder wieder lebensfähig gemacht werden? Wir werden im Gegenteil annehmen müssen, dafs auch der Selbstverwaltungskörper der öffentlichen Genossenschaft in solchem Falle untergeht. Wie ist das zu erklären? Der Grund ergiebt sich aus der genaueren Betrachtung der Tragweite der polizeilichen Schliefsungsmafsregel. Diese bedeutet ein Verbot der Fortsetzung des betroffenen Vereines in irgend welcher Gestalt. Als Fortsetzung wird jeder Verein angesehen werden müssen, der bestimmt ist, die Stelle einzunehmen, welche der geschlossene hatte. Diese Voraussetzung wird aber auf das entschiedendste zutreffen bei einem Vereine, welcher zur Ausfüllung der nämlichen juristischen Person sich aufthun wollte. Die polizeiliche Schliefsung spricht also dieser die Fähigkeit ab, jemals wieder einen Verein zur Grundlage zu bekommen. Nun ist es ja zum Fortbestande dieser juristischen Person nicht notwendig, dafs sie thatsächlich stets einen Verein besitze; wohl aber gehört zu ihrem Wesen, dafs sie dazu bestimmt und fähig sei, einen solchen zu besitzen. Ohne diese Fähigkeit bestünde sie nicht mehr. Wenn also die Polizeibehörde zuständigerweise ihr diese Fähigkeit entziehen kann, so ist damit gesagt, dafs sie mittelbar auch die Endigung der

---

[21] Parisius, Gen.Ges. S. 340, will gesetzwidrige Handlungen des Vorstandes oder Aufsichtsrates überhaupt nicht in Betracht kommen lassen. Dagegen richtig Sächs. O.App.G. 6. März 1879 (Sächs. Arch. f. civ.rechtl. Entsch. VI S. 609 ff.): „Ist den Genossenschaften (den Mitgliedern) das gesetzwidrige Verhalten des Vorstandes bekannt gewesen . . . ., so mufs die Genossenschaft (die juristische Person) auch die Folgen der Verschuldung ihrer Organe tragen".

juristischen Person, also die Schliefsung der öffentlichen Genossenschaft in dem hier behandelten Sinne ausspricht[22].

3. Bei der Endigung der öffentlichen Genossenschaft durch Schliefsung oder Auflösung entsteht wieder die Frage, was mit ihrem etwa hinterlassenen Vermögen zu geschehen hat. Das Schicksal desselben kann durch Gesetz oder Statut für diesen Fall im voraus bestimmt sein. Es kann auch ebendadurch der staatlichen Behörde oder, was näher liegt, der Vertretung die Macht gegeben sein, durch ihren Beschlufs Bestimmung zu treffen. Von selbst versteht sich eine solche „Testierfähigkeit“ auch hier nicht.

Wir haben zu untersuchen, was für die Hinterlassenschaft unseres Selbstverwaltungskörpers Rechtens ist, wenn nichts dafür vorgesehen wäre. Die Lösung ergiebt sich durch die Anwendung der gleichen Grundsätze, welche wir schon bei der öffentlichen Anstalt oder Stiftung in Geltung gesehen haben; nur dafs dieselben, den anderen Voraussetzungen entsprechend, nach einer anderen Richtung weisen.

Die Anstalt oder Stiftung betreibt ein Unternehmen aus dem Wirkungskreise des Staates, der Provinz, der Gemeinde, je nachdem. Die öffentliche Genossenschaft dagegen betreibt ein Unternehmen ihrer Angehörigen, des ihr zu Grunde liegenden Vereines natürlicher Personen, welches nur zugleich als ein öffentliches angesehen wird. Das Unternehmen und das dazu gehörige Vermögen ist von diesen Personen getrennt durch die juristische Persönlichkeit, welche einem Jeden die Sicherheit des Bestandes der Sache giebt gegenüber den Genossen. Mit dem Wegfallen der juristischen Persönlichkeit tritt die natürliche Zugehörigkeit des Vermögens wieder in volle Wirkung; das Vermögen gehört denjenigen Angehörigen des Selbstverwaltungskörpers, welche es sind zur Zeit seiner Endigung[23].

Zum Zwecke der Auseinandersetzung bilden die bisherigen Selbst-

---

[22] Gierke, Gen.Theorie S. 743 ff., 781 Note 1, 782 Note 1, sieht hierin Beispiele eines Körperschaftsdeliktes und einer Körperschaftsstrafe. Diesen Begriffen, denen doch nun einmal Doktrin und Gesetzgebung abhold sind (a. a. O. S. 776), würden wir uns aber nur dann fügen, wenn wirklich alle Deutungen auf polizeiliche Akte, wie Gierke meint nur „kümmerliche Ausflüchte“ sein könnten.

[23] Gierke, Gen.Theorie S. 873 („Anfall des Ganzen an die Glieder“), S. 874 Note 1. Die ältere Gesetzgebung war in dieser Beziehung freilich sehr fiskalisch; vor allem A.L.R. II, 6 § 193. Daher wird auch jetzt noch häufig der Heimfall als das vorzugsweise geltende Recht bezeichnet: Pfeifer, Jur. Pers. S. 118; Roesler, V.R. I S. 237; Foerster-Eccius, Preufs. Priv.R. IV S. 663. Wir behaupten die obige Regel nur für den Fall, dafs gesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Darauf kommt schliefslich auch Rosin, Öff. Gen. S. 152 ff., hinaus.

verwaltungsangehörigen einen freien Verein nach Civilrecht, oder falls auch der Fortbestand eines solchen ausgeschlossen ist, eine unter sich ungeordnete Masse von Teilhabern der communio incidens. Die Behörde, welche die Schliefsung verfügt hat, nimmt sich auch der Auseinandersetzung an. Wenn nicht anderes besonders bestimmt ist, giebt das gewöhnliche Civilrecht die Rechtsordnung, nach welcher etwaige Streitigkeiten zu erledigen sind[24].

Endigt die öffentliche Genossenschaft in einem Zustande der gänzlichen Mitgliederlosigkeit und ist daher ein solcher Anfall ihres Vermögens nicht möglich, so wird es vakantes Gut und der Fiskus mag zugreifen.

III. Die Gemeinden, Ortsgemeinden, wie gleichartige Gebietskörperschaften höherer Ordnung, als juristische Personen aufgebaut auf abgegrenzten Stücken des Staatsgebietes und dadurch bestimmten Teilen des Staatsvolkes, welche die Angehörigen der juristischen Person liefern, zeigen bezüglich der Endigung wieder die nämliche Armut an selbstverständlichen Rechtsformen, wie bei ihrer Entstehung. Das Gesetz giebt diese politisch bedeutsamen Ordnungen nicht aus der Hand und bestimmt durchweg selbst, was sein soll sowohl, als was nicht mehr sein soll. Wie es das macht, ist dann jedesmal auch ohne weiteres rechtsgültig; es handelt sich blofs um Auslegung seines Willens aus Wortlaut und Umständen, nicht um feste Bahnen, in welchen es sich zu bewegen hätte.

Wenn bei einer Neuorganisation eine ganze Art von Selbstverwaltungskörpern, eine ganze Stufe aus dem Aufbau, in welchem sie übereinanderstehen, in Wegfall kommt, so wird das Gesetz immer auch für die Folgen Bestimmung treffen, die das nach sich zieht, insbesondere was das Schicksal des hinterlassenen Vermögens anlangt. Sollte einmal eine solche Verfügung über das Vermögen unterlassen sein, so würde dasselbe dem Heimfallsrechte des Staates unterliegen. Denn das Gemeindeunternehmen — wenn wir die Gesamtheit dieser Angelegenheiten so bezeichnen dürfen — ist nicht ein Unternehmen des Gemeindevolkes, sondern ein staatliches, welches der Staat diesem zugewiesen und zu dessen Gunsten durch die dazwischen geschobene juristische Person von seinem eignen, ihm unmittelbar verbliebenen

[24] Über diese Abwicklung Gierke, Gen.Theorie S. 881 ff. Ein Generalversammlungsbeschlufs, welcher gelegentlich der Auflösung über das Vermögen verfügt, kann eine einfache Vorwegnahme der Auseinandersetzungsbefugnisse des liquidierenden Vereins vorstellen und als solche gültig sein; so würden sich die von Gierke, Gen.Theorie S. 861 Note 2, angeführten Fälle erklären lassen, ohne die Annahme einer „Testierfähigkeit" der Vertretung.

Wirkungskreise getrennt hat. Mit dem Wegfall dieser juristischen Person kehrt es wieder zum Staate zurück mit allem, was dazu gehört[25].

Was im ordentlichen Gange der Verwaltung vorkommen kann, das sind lediglich Verschiebungen innerhalb des Bestandes von Gebietskörperschaften einer gewissen Art und Stufe, mit Änderungen lediglich für die einzelnen Körper, die betroffen sind. Wir unterscheiden: Teilung einer Gemeinde, so dafs aus der bisherigen zwei neue entstehen; Abzweigung von einer Gemeinde, wo die alte im verminderten Gebiete verbleibt und auf dem abgetrennten Gebietsstück eine neue Gemeinde gebildet wird; Vereinigung zweier Gemeinden, so dafs die bisherigen zwei fortan nur eine bilden; Einverleibung, wo die eine Gemeinde in die andere aufgeht; endlich blofse Gebietsveränderungen, wobei nur ein Teil des Gebietes der einen Gemeinde zu dem einer Nachbargemeinde geschlagen wird[26]. Für die dabei in Frage kommenden Gemeinden bedeutet der Vorgang entweder eine Entstehung oder eine Endigung oder eine Verfassungsänderung. Die Vereinigung ist Endigung der beiden ursprünglichen Gemeinden und Entstehung der neuen einen, die Teilung Endigung der ursprünglichen einen, Entstehung der neuen zwei; die Gebietsveränderung ist Verfassungsänderung für die beiden betroffenen u. s. w.

Insofern nicht das ganze Staatsgebiet unter die betreffende Art von Gemeinden aufgeteilt ist, ergiebt sich sogar die Möglichkeit einer absoluten Neuentstehung und eines absoluten Untergangs. Für die Ortsgemeinden insbesondere bietet sich diese Möglichkeit dadurch, dafs selbständige Gutsbezirke und schlechthin ausmärkische Bezirke neben ihnen stehen: Gemeinden können aus diesen vergröfsert, zu deren Gunsten verkleinert werden; sie können auch ganz aus solchen Bezirken neu entstehen und ganz in sie übergeführt werden[27].

---

[25] Wenn man also Gemeinden und öffentliche Genossenschaften in einen allgemeinen Körperschaftsbegriff zusammenwirft, bekommt man das schiefe Ergebnis, dafs für diese Körperschaft bald das Heimfalls-, bald das Anfallsrecht das Natürliche ist. Gierke, Gen.Theorie S. 868; vgl. oben § 56 Note 11.

[26] Die Gebietsveränderung kann ganze Ortschaften umfassen oder nur unbewohntes Gelände, immer ist sie der rechtlichen Natur der Gemeinde wegen Verfassungsänderung: Seydel, Bayr. St.R. III S. 81; Möller, Preufs. Stadt-R. S. 60; Christ, Bad. Gem.Ges. S. 5. — Erleichterungen bestehen dagegen für blofse Grenzberichtigung: Oertel, Preufs. Städte-Ord. S. 10 n. 7.

[27] Preufs. Städte-Ord. v. 1853 § 2 (Oertel a. a. O. § 8 ff.); Bayr. Gem.Ord. Art. 3 (Weber, Kom. S. 3); Bad. Gem.Ord. v. 1831 (Christ, Bad. Gem.Ges.

Alle diese Änderungen werden bewirkt einseitig durch staatliche Verwaltungsakte in Form des Einzelgesetzes oder auf Grund gesetzlicher Ermächtigung durch den Fürsten oder die Behörden. Der Staatswille ist hier überall allein das Wirksame, wie bei der öffentlichen Anstalt oder Stiftung[28]. Weder die Vertretung der Selbstverwaltungskörper, noch ihre Angehörigen können selbständig eine solche Mafsregel vornehmen. Dagegen kommen hier ähnlich wie bei der Anstalt oder Stiftung die Wünsche der Beteiligten in nebensächlicher Weise in Betracht, sei es dafs ihre Anhörung lediglich Formbedingung des staatlichen Verfahrens ist, sei es dafs ihre Zustimmung erfordert wird, um dasselbe zu ermöglichen oder auch nur zu erleichtern, indem etwa mit ihr schon eine untere Behörde die Mafsregel verfügen, ohne sie nur eine höhere sie durchführen kann.

Diese Beteiligten sind aber hier ganz anders bestimmt, wie bei der Anstalt oder Stiftung. Es sind in erster Linie die von der Mafsregel berührten Körper selbst, die durch ihre geordneten Ver-

S. 211). So war noch jüngst die Rede von einer Schwarzwaldgemeinde, die vom Domänenfiskus ausgekauft und dann zu Gunsten des ausmärkischen Forstes aufgelöst worden ist.

[28] Andere Endigungsgründe bietet wieder die Lehre vom Substrat. So Pözl, Bayr. Verf.R. S. 245 Note 7: „Der völlige Untergang kann die Folge von aufserordentlichen Ereignissen, z. B. des Aussterbens aller Mitglieder oder der Auswanderung derselben oder von Kriegsereignissen sein“. Das ist falsch. Eine Gemeinde geht nicht von selbst unter durch den Verlust ihrer Angehörigen, so wenig wie eine öffentliche Genossenschaft. Der Zustand, in welchen sie dadurch gerät, ist auf die Dauer nicht haltbar und wird deshalb für den Staat Veranlassung sein, sie aufzuheben. Das kann insbesondere dadurch geschehen, dafs ihr Gebiet einer anderen Gemeinde oder einem ausmärkischen Bezirk zugeteilt wird. Bis dahin ist das Gebiet selbständige Gemeindemarkung geblieben (auch nach Pözl a. a. O. S. 250), und die juristische Person darüber ist fähig, wieder ausgefüllt zu werden durch die Angehörigen, die sie haben soll. — Anders stände die Sache, wenn die Gemeinde ihr Gebiet verlöre. Ohne Angehörige kann sie sein, aber nicht ohne Gebiet. Denn das Gebiet bedeutet für sie die Fähigkeit, Angehörige zu haben, die ja durch die Gebietszugehörigkeit bestimmt sind, und ohne diese Fähigkeit kann sie nicht sein. Eine Gemeinde ohne Gebiet wäre in derselben Lage, wie eine öffentliche Genossenschaft, deren Verein polizeilich verboten ist (oben S. 446), daseinsunfähig, nicht blofs aufhebbar. Gierke, Gen.Theorie S. 841, erkennt deshalb ein solches „Wegfallen des sachlichen Substrates“ als einen Endigungsgrund „ohne darauf gerichtete Handlung“. Allein thatsächlich wird eine Gemeinde ihr Gebiet kaum anders verlieren, als durch einen staatlichen Willensakt, der es ihr entzieht; das ist aber doch nur eine Form, wie der Staat seinen Willen ausspricht, die Gemeinde aufzuheben, eine „darauf gerichtete Handlung“ also. Abgesehen davon kann das Gebiet auch vom Meere verschlungen werden; da das nur alle tausend Jahre einmal vorkommt, brauchen wir wohl eine besondere juristische Rubrik dafür nicht zu bilden.

tretungen sich zu äufsern haben. Wo, wie bei der Teilung und Abzweigung, ein neuer Selbstverwaltungskörper entstehen soll, kann diesem behufs der Äufserung über die Mafsregel eine vorläufige und vorausgenommene Vertretung bestellt werden.

Die Angehörigen der Selbstverwaltungskörper kommen als solche überhaupt nicht zum Wort. Im Gegensatz zur Anstalts- oder Stiftungspersönlichkeit sind sie hier zwar zahlreich vorhanden und bestimmt zu erkennen. Aber sie sind nicht unmittelbar rechtlich zu verwenden. Das Gesetz kann eine Auswahl treffen, indem es die Meistbeteiligten daraus — Grundbesitzer, Höchstbesteuerte — neben den Selbstverwaltungsvertretungen anhören läfst. Insbesondere, wo es sich blofs um eine Grenzverschiebung zwischen dem Gebiete zweier Gemeinden handelt, werden die auf dem betroffenen Stücke angesessenen Grundbesitzer berücksichtigt[29]. —

Für die Folgen, welche derartige Veränderungen auf Besitz und Vermögen der betroffenen Gemeinden haben an Anstalten, Geld und Gut, ist es wieder Sache des die Änderung bewirkenden Aktes, die nötigen Bestimmungen zu geben. Dabei müssen als Ausgangspunkt dienen und für die Auslegung mafsgebend sein diejenigen Regeln, welche für diese Folgen gelten würden, wenn nichts besonderes bestimmt wäre. Sie ergeben sich aus der Natur der Gemeinde und der

[29] Roesler, V.R. I S. 257; Seydel, Bayr. St.R. III S. 81: „Unter Beteiligte sind nur die rechtlich Beteiligten zu verstehen. Dies sind lediglich die Gemeinden, sowie gegebenen Falls die Besitzer gesonderter Markungen, nicht die einzelnen Gemeindeangehörigen, deren Grundstücke in Frage kommen". Dazu Note 5: „Denn grundsätzlich handeln in gemeindlichen Angelegenheiten nur die Organe der Gemeinden, nicht die Einzelnen". Der Gegensatz der verschiedenen Arten von Selbstverwaltungskörpern zeigt sich an diesen „Beteiligten", die bei Verfassungsänderungen in Betracht kommen, am deutlichsten. Bei der Stiftungspersönlichkeit, wenn ihr Zweck geändert werden soll (oben S. 441), gehört jedenfalls die Vertretung des Körpers nicht dazu; die Stifter und Geber, die Angehörigen der juristischen Person können unter besonderen Voraussetzungen berufen sein. Bei der öffentlichen Genossenschaft würde bei einer Verfassungsänderung zweifellos die Vertretung des Körpers mitzuwirken haben, und die ist hier gleichbedeutend mit der Gesamtheit der Angehörigen. Bei der Gemeinde liegt der Schwerpunkt wieder in der Vertretung des Selbstverwaltungskörpers, die aber ihrerseits nur mittelbar mit den Angehörigen desselben zusammenhängt; die Angehörigen selbst treten ganz hinter dieser zurück. Selbst wo das Gesetz bei Gebietsveränderungen die zunächst betroffenen Grundbesitzer zu hören vorschreibt, verschwinden diese als Einzelne sofort wieder, wenn sie eine geschlossene Ortschaft bilden, die für den gegebenen Fall nach dem Muster einer Gemeinde mit einer Vertretung dieses Gebietsteils ausgestattet werden kann; Weber, Bayr. Gem.Ord. Art. 4 Note 2.

darin begründeten wesentlichen Bedeutung des Gebietes. Bei Vereinigung und Einverleibung tritt das nicht hervor; es wird schlechthin alles gemeinschaftlich. Bei der Teilung und Abzweigung dagegen wird alles Vermögen, das eine bestimmte Gebietszugehörigkeit hat, der entsprechenden Gebietskörperschaft zufallen: liegendes Gut und sein Zubehör und alles, was mit einem bestimmten Betriebssitze verbunden ist. Sonstiges Vermögen ist zu teilen; die beiderseitigen Bevölkerungszahlen geben den natürlichen Maſsstab dafür. Bei bloſsen Gebietsveränderungen endlich geht nur das gebietszugehörige Gut mit über und das andere bleibt unberührt[80].

[80] Die Lehre vom öffentlichen Eigentum hat hierfür bereits Beispiele gebracht; vgl. oben S. 97 Note 14.

Anhang.

§ 62.

Internationales und bundesstaatliches Verwaltungsrecht.

Gleichgeartete Gemeinwesen findet der Staat nicht blofs als Selbstverwaltungskörper unter seiner Rechtsordnung, sondern auch aufserhalb derselben, jenseits seiner Grenzen, als andere Staaten. Das Verhältnis zu diesen regelt das Völkerrecht und in einem uns besonders nahe angehenden Falle das Verfassungsrecht des Bundesstaates. Das Verwaltungsrecht hat unmittelbar nichts damit zu thun. Aber seinerseits weist es Rückwirkungen dieser Verhältnisse auf, die der Vollständigkeit halber noch zu betrachten sind. Wir fassen sie unter dem Namen internationales und bundesstaatliches Verwaltungsrecht zusammen. Der Übergang zu anderen Rechtsgebieten, den wir darin finden, bildet zugleich den Abschlufs unseres Gegenstandes.

I. Unsere Staatsgewalt beansprucht nicht die Staatsgewalt zu sein für die ganze Welt. Es giebt aufser ihr noch andere Staatsgewalten, die gleichberechtigt und ebenbürtig auch ihrerseits arbeiten an den Aufgaben der äufserlichen Ordnung der Menschheit. Die Grundlage für die Ausscheidung dessen, was ihr zukommt gegenüber den anderen und was sie wieder als diesen zukommend anerkennt, bildet das Gebiet. Innerhalb ihres Gebietes ist sie Herr, ist sie allein das, was nach dem allgemeinen Begriff Staatsgewalt sein soll. Dem Gebiet ihrer Schwestern erkennt sie für diese die gleiche Bedeutung zu. Es ist eine besonders zu begründende Ausnahme, wenn das Wirken einer fremden Staatsgewalt als rechtlich bedeutsam behandelt wird auf unserem Gebiet, und umgekehrt beansprucht unser Staat nur ausnahmsweise eine Wirkung seiner Ordnungen in das fremde Gebiet hinein.

Im Bereiche des Civilrechts ist diese natürliche Abgeschlossenheit der Staatsgebiete in umfassender Weise durchbrochen. Die Lehre von den Grundsätzen, nach welchen diese Durchbrechung stattfindet, wird bezeichnet mit dem — übrigens sehr wenig angemessenen — Ausdruck internationales Privatrecht. Die entsprechenden Erscheinungen im Verwaltungsrecht nennen wir das internationale Verwaltungsrecht. Sie folgen nicht den gleichen Regeln und liefern namentlich zu dem, was den Schwerpunkt des internationalen Privatrechts ausmacht, kein Seitenstück. Wenn dieses einen eignen Wissenschaftszweig zu bilden vermochte, so fehlt bei uns der wesentliche Stoff dazu [1].

1. Dafs unsere Staatsgewalt ihre Wirksamkeit nach Mafsgabe des Gebietes bestimmt, ist nur die grundsätzliche Regel, zu deren Einhaltung sie mit Rücksicht auf die anderen Staaten genötigt wird. Für das innere Recht würden alle Abweichungen davon unbedingte Gültigkeit haben; die völkerrechtlichen Verwicklungen und die thatsächlichen Schwierigkeiten der Durchführung, die sich daran knüpfen könnten, wären hierfür gleichgültig [2]. Bedeutsam sind aber vor allem die Abweichungen vom reinen Territorialitätsprincip, die sich gründen auf eine Berücksichtigung der Staatsangehörigkeit. Denn solches entspricht dem natürlichen Wesen des Staates, kommt deshalb überall mit einer gewissen Gleichmäfsigkeit zur Anwendung und ist innerhalb gewisser Grenzen auch völkerrechtlich unbeanstandet. Besonderheiten für das Wirksamwerden unserer Staatsgewalt ergeben sich daraus nach zwei Richtungen hin.

Einmal folgt sie unseren Volksgenossen über die Grenzen des Gebietes hinaus ins Ausland. Von civil- und strafrechtlichen Bestimmungen sehen wir ab. Im Bereiche der Verwaltung sind es vor allem öffentlichrechtliche Leistungspflichten, mit welchen der Staat auch seine im Auslande befindlichen Angehörigen treffen will: Steuern, Heerdienstpflicht. Die Einrichtung der Konsulate dient überdies dazu,

---

[1] Es verhält sich damit ähnlich wie mit dem „internationalen Strafrecht". Binding, Stf.R. I S. 370 ff., giebt für dieses (indem er mit Recht den Ausdruck mifsbilligt) eine ausführliche Auseinandersetzung des grundsätzlichen Standpunktes. Im wesentlichen trifft das alles auch für unser „internationales Verwaltungsrecht" zu. Der gemeinsame Gegensatz beider öffentlichrechtlicher Rechtsarten zum Civilrecht kommt darin zum Vorschein.

[2] Dafs der Staat, wie man gerne hervorhebt, völkerrechtlich etwas „nicht kann", sein Akt „völkerrechtlich nichtig" ist, geht seine Behörden nichts an, ist also verwaltungsrechtlich ohne Belang. So mit Recht für den strafrechtlichen Standpunkt Binding, Stf.R. I S. 375.

im Ausland selbst für sie einen Mittelpunkt zu schaffen, von dem aus die verschiedenartigsten Geschäfte öffentlicher Verwaltung namens unseres Staates geführt werden: polizeiliche Maſsregeln, Beurkundungen, Unterstützungen und sonstige Leistungen anstaltlicher Art. Unser Verwaltungsrecht ist schlechthin maſsgebend für das alles, soweit es durchführbar ist. Wie weit es durchführbar ist, das hängt ab von der völkerrechtlichen Duldung des fremden Staates, auf dessen Gebiet Amtsthätigkeit, Zwang und Leistung vor sich gehen sollen[3].

Andererseits nehmen die Fremden innerhalb unseres Gebietes verwaltungsrechtlich in mehrfacher Hinsicht eine Sonderstellung ein. Die Regel, von der auszugehen ist, ist allerdings die, daſs die ganze verwaltungsrechtliche Ordnung schlechthin gilt für den Menschen im Staat, ohne Unterschied der besonderen Angehörigkeit[4]. Das erstreckt sich zurück bis auf die sog. Freiheitsrechte: die verfassungsmäſsigen Vorbehalte des Gesetzes wirken auch zu Gunsten der Fremden. Abweichungen von den gemeinen Rechten und Pflichten des Verwaltungsrechts bestehen für sie nur in zweierlei Art.

Gewisse Lasten werden ihnen nicht zugemutet, gewisse Vorteile nicht gewährt. Die Eigentümlichkeit der öffentlichen Dienstpflicht haben wir schon erwähnt (oben S. 196). Im Recht der Vertreterschaft der Selbstverwaltungskörper (oben § 58) erscheint, wie im staatlichen Verfassungsrecht, die Staatsangehörigkeit als Bedingung der Fähigkeit, Wähler und Abgeordneter zu sein. Auſserdem sind sie bald hier, bald da vereinzelten Rechtsbenachteiligungen ausgesetzt: gewisse Polizeierlaubnisse sollen Fremden nicht oder schwerer erteilt werden als Einheimischen, Einrichtungen zur Unterstützung und Hülfeleistung werden ihnen vielleicht gar nicht oder nur beschränkt zugänglich gemacht, ebenso der Genuſs öffentlicher Schulanstalten. Das versteht sich aber alles nicht mehr von selbst, sondern ist Sache besonderer Anordnungen; thatsächlich ziehen sich derartige Ungleichheiten auf immer engere Kreise zurück[5].

---

[3] Bluntschli, Völkerrecht S. 217 ff.; Laband, St.R. II S. 13 (3. Aufl. S. 12). Mit Rücksicht auf solches Übergreifen unserer Staatsgewalt spricht Seydel, Bayr. St.R. IV S. 103, von „zwei Titeln“, auf welche sie sich möglicher Weise stützt: Gebiet und Staatsangehörigkeit. Diese sind aber an praktischer Bedeutung sehr ungleich und sind auch keine Titel im Sinne von Rechtsgrundlagen, sondern nur Anlässe zur Geltendmachung der rechtlichen Macht.

[4] Ganz falsch Grotefend, Preuſs. V.R. I S. 48: „die dem verwaltungsrechtlichen Gebiete angehörigen Verhältnisse können nur für die Angehörigen des Staates begründet werden;“ und: „die Staatsangehörigkeit entspricht im öffentlichen Rechte der Rechtsfähigkeit des Privatrechts.“

[5] Zusammenstellung bei Zorn in Wörterbuch I S. 118. Vgl. auch Fuld in

Daneben bleibt ein grofser allgemein wirkender Rechtsmangel der Fremden bestehen, der sich kund thut im Ausweisungsrecht der Regierung. Dem entspricht das Recht, den Eintritt in unser Gebiet dem Fremden überhaupt nicht oder nur unter Bedingungen zu gestatten. Das Ausweisungsrecht bedarf keiner gesetzlichen Grundlage. Nach allgemeiner Rechtsüberzeugung hat die Verfassung, wenn sie Eingriffe in die Freiheit dem Gesetze vorbehielt, unter dieser bei Fremden nicht die Möglichkeit begriffen, sich auf unserem Gebiete aufzuhalten[6]. Folglich ist die vollziehende Gewalt von selbst in der Lage, ihnen dies zu verwehren. Der Ausweisungsbefehl und als Zwangsmittel zum Vollzug die Gewaltanwendung stehen ihr zur Verfügung[7]. Eine gesetzliche Grundlage wird erst wieder nötig, wenn Rechtssätze aufgestellt oder Strafen verhängt werden sollen.

2. Mit der gleichen Rechtsfähigkeit der Fremden, die nur ausnahmsweise beschränkt ist, beginnt erst das Internationale Privatrecht. Sein ganzes System beruht auf dem Grundgedanken, dafs die civilisierte Menschheit eine grofse Gesellschaft bildet, in welcher die nebeneinanderstehenden Staaten durch gemeinsame Thätigkeit in gehörig verteilten Rollen die Rechtsordnung aufrecht erhalten. Jeder Staat bringt sein Civilrecht mit, dessen Bestimmungen nach gewissen Anwendungsmafsstäben zur Wirksamkeit gelangen wollen. Nach den nämlichen Mafsstäben sollen gegebenen Falles auch die Bestimmungen

---

Ztschft. f. int. Priv. u. Stf.R. I S. 675 über „internationalrechtliche Fragen in den Arbeiterversicherungsgesetzen" und Schulze, D.St.R. I S. 354, über Befreiung der Ausländer vom Kriegsdienst, wo allerdings die Sache so dargestellt wird, als ob diese Befreiung durch die Grundsätze des Völkerrechts bewirkt würde, während sie auf der durch völkerrechtliche Rücksichten bestimmten Enthaltsamkeit unserer Gesetzgebung beruht.

[6] Zorn in Wörterbuch I S. 118 drückt das aus als ein „Prinzip des heutigen Rechts", wonach „der Fremde kein Recht an den Staat hat". Die Schwierigkeit in derartigen Dingen ist immer die, die Verknüpfung eines solchen Prinzips mit irgend einem Rechtssatze aufzuweisen; ohne den kann es nicht wirksam werden.

[7] Der Polizeistaat wird diese Scheidung nicht machen, sondern je nachdem erst androhen oder auch unmittelbar mit „Schub" und „Zwangstransport" vorgehen; dem Rechtsstaat entspricht es, immer erst den Verwaltungsakt dazwischen zu schieben, auch ohne dafs ein Gesetz es verlangt; vgl. Bd. I S. 66. Wer verbieten kann, kann auch Bedingungen setzen, unter welchen er gestatten, d. h. nicht verbieten will. Auf diese Weise ist die Regierung jeder Zeit in der Lage, ohne Gesetz, sofern nur ein entgegenstehendes Gesetz nicht ergangen ist, für Fremde den Pafszwang einzuführen, ihnen Meldepflichten oder die Einholung von Aufenthaltserlaubnissen aufzulegen. Eine derartige Anordnung ist kein Rechtssatz, sondern lediglich eine Drohung mit der Gewaltanwendung, die dahinter steht, um den Fremden, der sich nicht fügt, abzuweisen oder wegzuschaffen.

ausländischen Civilrechts zur Wirksamkeit gelangen. Und beides, eines wie das andere, wahren und schützen unsere Gerichte, sobald sie berufen sind, über einen solchen Fall zu urteilen[8]. Darum ist es hier so wichtig, diese Anwendungsmafsstäbe zu untersuchen und festzustellen. Darum sind auch die Urteile der Civilgerichte auf dem besten Wege zu einer überall gültigen Vollstreckbarkeit: sie sind dafür angesehen, eine gemeinsame Angelegenheit der Kulturstaaten zu besorgen.

Ein derartiges Zusammenarbeiten besteht im Bereiche der Verwaltung von Haus aus nicht. Hier wollen und handeln die Staaten jeder für seine Interessen und jeder für sich. Auch die Rechtssätze, die sie dafür aufstellen, gehen nur jeden allein an. Was der fremde Staat innerhalb seines Machtbereichs auf solche Weise bestimmt und gewirkt hat, kommt für uns als Thatsache in Betracht, die als solche gar wohl auch rechtlich bedeutsam und berücksichtigt werden kann. Aber unsere Behörden handhaben es nicht und schützen es nicht. Die Vollziehung, welche unsere Gerichte dem auswärtigen Civilgesetz gewähren, wird dem auswärtigen Polizeigesetz, Steuergesetz, Heerergänzungsgesetz, Disciplinargesetz bei uns versagt. Eine Vollstreckbarkeit auswärtiger Verwaltungsakte giebt es nicht. Das Internationale Verwaltungsrecht bedeutet nur ein äufserliches Nebeneinander, wo jeder den andern innerhalb seiner Grenze achtet und gewähren läfst[9]. Das äufserste von Entgegenkommen, was hier stattfindet, ist

---

[8] Nirgends ist dieses Wesen des internationalen Privatrechtes besser zum Ausdruck gekommen als bei Windscheid, Pand. I § 34: die einzelnen Staaten „schliefsen sich nicht eifersüchtig gegen einander ab, sondern erkennen sich gegenseitig an als Mitarbeiter an der gemeinsamen Arbeit des Menschengeschlechtes . . . So erscheint die Rechtsordnung eines jeden zu dieser Gemeinschaft gehörigen Staates jedem anderen zu derselben gehörigen Staate als Organ der allgemeinen Rechtsordnung und daher in keinem anderen Lichte als seine eigene Rechtsordnung.“ Danach ist es aber klar, dafs dieses internationale Privatrecht seiner Grundlage wie seiner Durchführung nach national ist, d. h. auf dem ausgesprochenen oder vermuteten Willen unserer Staatsgewalt beruht und auf sonst nichts. Die Schriftsteller — die romanischen voran — gefallen sich freilich darin, etwas Allgemeines, über den Einzelstaaten Stehendes daraus zu machen. Dafs man „stillschweigende Verträge“ oder gar „europäisches Gewohnheitsrecht“ dazu braucht (Laurent, droit civ. int. I S. 12; v. Bar, Int. Priv.R. I S. 9), beweist allein schon, wie schwach es mit der Begründung bestellt ist.

[9] Das Zusammenarbeiten hört ja sogar für das Privatrecht auf, sobald ein besonderes öffentliches Interesse ins Spiel kommt; das giebt dann die lois réelles, die sich auf ihr Gebiet beschränken, aber dort unbedingt wirken (Laurent, droit civ. int. II S. 341 ff.). Sehr gut Brocher, droit int. priv. n. 142: „Il y a des lois, qui par leur nature, et généralement aussi dans l'intention des pouvoirs qui

die Duldsamkeit gegenüber gewissen Einwirkungen, welche die Verwaltungsthätigkeit des fremden Staates auch in unser Gebiet herein erstrecken mag: die Mafsregeln, die er über seine bei uns wohnhaften Staatsangehörigen verhängt, die Thätigkeit seiner Konsuln diesen gegenüber, die Ordnung und Leitung dieser Beamten selbst und ähnlicher mit auswärtigem Sitze versehener. Wie weit diese Duldung geht, bestimmt jeder Staat für sich, das Völkerrecht giebt ihm dabei nur gewisse Anleitungen[10].

Das ist alles natürlich etwas ganz anderes, viel beschränkteres, als das, was man unter internationalem Privatrecht versteht. Von selbst wird ein unabhängiger Staat auch nicht darüber hinaus gehen und mehr einräumen; nur durch völkerrechtlichen Vertrag ist ein innigeres Zusammenwirken der beiderseitigen Verwaltungen herstellbar. Darum mag man sagen, dafs ein internationales Verwaltungsrecht erst durch Vertrag, nicht schon von selbst besteht[11].

---

les ont émises, ne sont pas appelées à étendre directement leur autorité sur des territoires étrangers, sauf toutefois à y faire reconnaître et sanctionner dans certains cas, les effets qu'elles ont produits sur le sol national. Ce sont des lois, qui se rapportent à l'exercice immédiat de l'autorité ou qui doivent satisfaire à des intérêts purement locaux." Das gilt nach ihm vor allem von dem „droit public et administratif". — Der Gegensatz leuchtet am deutlichsten hervor bei vermögensrechtlichen Ansprüchen. Eine civilrechtliche Forderung, die im Ausland zu Gunsten des ausländischen Fiskus entstanden ist, kann bei uns eingeklagt werden: unsere Gerichte bringen zu Gunsten des Gläubigers das fremde Civilgesetz zur Anwendung und Durchführung. Eine Steuerforderung in derselben Weise begründet, ist bei uns nicht geltend zu machen: unsere Behörden verweigern dem fremden Steuergesetz die Handhabung. Alexi in Ztschft. f. int. Priv. u. Stf.R. III S. 494: „Es gilt der völkerrechtliche (?) Grundsatz, dafs kein Staat dem andern Beihülfe leistet in der Einbringung solcher öffentlicher Abgaben." Bezeichnend ist, dafs man versucht hat, dem auswärtigen Staate einen Weg zu eröffnen, um zu seiner Steuerforderung zu gelangen, durch Umdeutung derselben in eine civilrechtliche. Gerber, Öff. Rechte S. 44, giebt einen solchen Fall. — v. Bar, Int. Priv.R., behandelt daselbst I S. 317 ff. auch „die Steuerpflicht im internationalen Verkehr". Insofern das nur geschieht, um die „Notwendigkeit bestimmter und gerechter Prinzipien" zu beweisen, läfst sich nichts dagegen sagen; aber mit der Lehre vom internationalen Privatrecht hat es nichts gemein. Auch die Expropriation gehört nicht in diesen Zusammenhang (a. a. O. I S. 629, II S. 687 Note 48a); dafs für sie die lex rei sitae mafsgebend ist, brauchen wir nicht vom internationalen Privatrecht zu erfahren.

[10] Laband, St.R. II S. 12 ff. (3. Aufl. S. 11 ff.). — Der öffentliche Glaube, welchen man dem Akte der fremden Behörde beilegt, wird sich auch ohne ein „allgemeines Gewohnheitsrecht" (v. Bar, Int. Priv.R. II S. 379 ff.) erklären lassen; die gegenseitige Anerkennung der Gleichartigkeit und Gleichberechtigung im abgegrenzten Gebiet führt ja von selbst dazu.

[11] L. v. Stein, Handb. d. V.lehre 2. Aufl. S. 92: „Wenn daher demnach

3. Durch völkerrechtlichen Vertrag können zwischen den beteiligten Staaten Bestimmungen getroffen werden, die von Bedeutung sind für ihre Verwaltung und ihr Verwaltungsrecht. Betrachten wir aber näher, was auf solche Weise zu stande kommt, so finden wir überall nur unsere alten bekannten Rechtsformen wieder, die im wesentlichen unverändert dem gemeinsamen Interesse der Vertragschliefsenden dienen.

Die einfachste und nächstliegende Art von völkerrechtlichem Vertrage ist die, wo der Staat sich dem anderen Staate gegenüber verpflichtet, in irgend einem Punkte, der seine Verwaltungsthätigkeit angeht, in gewisser Weise sich zu verhalten. Dadurch entsteht eine völkerrechtlich gebundene Verwaltung. Es handelt sich dabei wesentlich um die Behandlung der Angehörigen des anderen, die nicht ausgewiesen werden sollen, zu Gewerbebetrieben zugelassen, im Falle der Bedürftigkeit unterstützt, die ausgeliefert oder übernommen werden sollen. Dergleichen Verträge pflegen zweiseitig zu sein, so dafs jeder Staat dem anderen gegenüber geradeso zu verfahren hat, wie dieser ihm gegenüber. Dadurch stellt sich eine gemeinsame gleichmäfsige Ordnung für die betreffenden Gegenstände her. Allein diese Ordnung wird bei jedem der Vertragschliefsenden verwaltungsrechtlich erst dadurch von Bedeutung, dafs sie in die Formen gebracht wird, in welchen er auch sonst seine Verwaltung regelt, und wirkt dann auch nur mit der diesen Formen entsprechenden Kraft: als Gesetz, Dienstanweisung, Anstaltsordnung. Für das Verhältnis zwischen Staat und Unterthan, auch den ausländischen, sind lediglich diese Vorschriften mafsgebend und was auf Grund davon weiter geschieht. Der völkerrechtliche Vertrag ist ein Beweggrund für den Staat, sie zu erlassen und auf ihre Durchführung zu halten; verwaltungsrechtlich ist er gleichgültig [12]. —

Einen Schritt weiter geht die völkerrechtliche Verwal-

ein internationales Verwaltungsrecht entsteht, so kann es nur ein vertragsmäfsiges sein." In 3. Aufl. S. 263 ff. sind dann allerdings doch noch zwei weitere Arten internationalen Verwaltungsrechts hinzugekommen: das der Kriegführung und das autonome; das erstere scheint uns aber kein Verwaltungsrecht zu sein und das letztere nicht international.

[12] Laband, St.R. I S. 629 (2. Aufl. S. 600): „der Abschlufs eines Staatsvertrages erzeugt demgemäfs niemals irgend welche Rechtssätze oder Verwaltungsnormen, sondern er begründet lediglich die Pflicht des Staates zum Erlafs derselben". Demnach sind auch nicht die Verträge selbst Verwaltungsrechtsquellen (Bd. I § 10), sondern nur die in Erfüllung der Verträge ergehenden Verwaltungsgesetze. Ersteres behaupten, obwohl in der Grundauffassung mit Laband übereinstimmend: G. Meyer, V.R. I S. 7; v. Stengel, V.R. S. 27.

tungsgesellschaft. Zwei oder mehrere Staaten erklären vertragsmäfsig eine ihre öffentliche Verwaltung betreffende Angelegenheit für gemeinsam und verpflichten sich, sie mit gemeinsamen Mitteln zu besorgen. Die Schiffahrtskommissionen für Rhein, Po u. s. w., die neueren internationalen Bureaus für Post, Telegraph, Mafs und Gewicht geben die einfachsten Beispiele[13]. Das Neue dabei ist die Schaffung gemeinsamer Einrichtungen, vor allem gemeinsamer Behörden. Für uns ist nur, was daran verwaltungsrechtlich ist, in Frage, in ihrer Bildung und ihrer Thätigkeit.

Die gemeinsamen Behörden können gebildet werden aus Beamten, welche die einzelnen beteiligten Staaten liefern, sei es dafs der Staat, in dessen Gebiet die Behörde ihren Sitz hat, die Beamten stellt, sei es, dafs ein Kollegium aus Beamten jedes der beteiligten Staaten zusammengesetzt wird. Das Dienstverhältnis jedes Beamten zu seinem Staate ist dann das gewöhnliche. Die völkerrechtliche Verpflichtung ist wieder nur ein Beweggrund für den Staat, es mit diesem bestimmten Inhalt zu begründen und seine Dienstgewalt in der entsprechenden Richtung zu verwenden. Zweckmäfsiger Weise wird man in diesem Fall häufig eine gemeinsame Oberleitung bestellen, welche das Recht des Dienstbefehls namens jedes Staates über diese seine Beamten ausübt; das ändert die Grundlage des Dienstverhältnisses noch nicht. Es können aber auch eigene Beamte der Staatengesellschaft geschaffen werden. Das ist nicht schon dann der Fall, wenn eine gemeinsame Aufbringung der Kosten verabredet ist; solches liefse sich auch mit der ersten Form der Bestellung vereinigen. Es kommt darauf an, dafs für den Beamten das Dienstverhältnis nicht gegenüber einem einzelnen Staate, sondern gegenüber der Gesamtheit begründet wird. Die Anstellung ist dann ein gemeinsamer Verwaltungsakt und in derselben Weise ergehen dann die weiteren dienstrechtlichen Verfügungen. Im Zweifel wird das örtliche Recht des Amtssitzes als stillschweigender Inhalt dieser Akte gemeint sein und damit erhält das Rechtsverhältnis hinreichende Bestimmtheit[14].

---

[13] Jellinek, Staatenverbindungen S. 158 ff., gebraucht dafür die Ausdrücke: „organisierte Verwaltungsbündnisse" und „internationale Verwaltungsvereine".

[14] Jellinek a. a. O. S. 167 giebt Beispiele für beide Arten von dienstlicher Stellung der betreffenden Beamten. Von unserem zweiten Fall, dem der eigenen Beamten der Gesellschaft, sagt er, diese seien „nicht etwa gemeinsame Beamte der Vereinsstaaten, sondern Angestellte des Vereins als solchen". Dieser Gegensatz scheint uns nicht gerechtfertigt; Vereinsbeamte ist so viel wie gemeinsame Beamte, so lange der Verein nicht zu einem selbständigen Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts wird, d. h. zu einem Bundesstaat.

Wie auch die Beamten bestellt sein mögen, als Behörde vertreten sie die sämtlichen Vertragsstaaten gemeinschaftlich. Die Wirksamkeit nach aufsen beurteilt sich für jeden dieser Staaten danach, dafs diese Behörde als seine eigene gilt. Sie kann lediglich zu Auskünften, Gutachten, Ratschlägen berufen sein; dann ist die Rechtsordnung nicht weiter in Frage. Es kann ihr aber auch die Ausübung öffentlicher Gewalt übertragen werden, insbesondere zu polizeilichen Mafsregeln, Richtersprüchen, selbst zur Rechtsetzung. Dann sind die Voraussetzungen zu dieser Übertragung für jeden Staat, auf dessen Gebiet sie wirken soll, gegeben durch dessen eigenes Verfassungs- und Verwaltungsrecht, und nach seinem Rechte bestimmen sich die Wirkungen und Rechtsfolgen der fraglichen Anordnungen, gerade so, als wären sie von seinen ordentlichen Behörden und Stellen ausgegangen. Dieses Recht kann ja allerdings gerade aus Anlafs der geschlossenen Verwaltungsgesellschaft in dieser Beziehung geändert worden sein; aber immer ist es sein Recht, welches mafsgebend bleibt [15].

Die rechtliche Besonderheit solcher Gesellschaften liegt also wesentlich auf dem Felde der Verwaltungsorganisation. Der einzelne beteiligte Staat schafft sich eigenartige Behörden zur Ausübung seiner öffentlichen Gewalt, eigenartig durch die völkerrechtliche Gebundenheit der Errichtung und Leitung und durch die eingeräumte Mitwirkung anderer Staaten. Im übrigen ist die verwaltungsrechtliche Ordnung auch in diesen Fällen schlechthin national, wie immer. —

Die Form der völkerrechtlichen Vergesellschaftung kann statt zu einzelnen Anstalten und Unternehmungen auch zu umfassenden Zwecken verwendet werden. Da entstehen dann grofsartigere Verbände, wie die des Zollvereins z. B. oder jedes Staatenbundes überhaupt. Die gemeinsamen Behörden haben dabei juristisch die gleiche Natur; sie erscheinen nur schärfer und mannigfaltiger ausgeprägt. Hier überwiegt aber das Interesse an den sonstigen Bestimmungen des völkerrechtlichen Vereinsstatuts, betreffend die Ordnung des Verhältnisses zwischen den Vereinsmitgliedern, die Einrichtung einer Vorstandschaft,

---

[15] Die letztere Art von Thätigkeit wird juristisch mehr Interesse bieten als die von blofs beratenden oder beobachtenden technischen Beamten. Allein das ist doch kein Grund, weshalb der Vereinsrichter (Oberappellationsgericht Jena) als gemeinsames Organ der verbundenen Staaten gelten soll, der Vereinstechniker (internationales Bureau für Mafs und Gewicht in Paris) als internationales Organ des Staatenvereins; so Jellinek a. a. O. S. 168 ff. Dafs der erstere „wesentlichen Zwecken“ der Einzelstaaten dient, der letztere nicht, ist für die Zugehörigkeit des Amtes, wie für das Dienstverhältnis gleichgültig. Es wird hier unseres Erachtens eine unnötige Unterscheidung gemacht.

einer Volksvertretung u. s. w. Wir haben uns nicht damit zu beschäftigen.

II. Im Gegensatz zu den zuletzt besprochenen völkerrechtlichen Verbänden bildet der Bundesstaat einen verfassungsrechtlichen Verband. Er ist selbst Staat, juristische Person des öffentlichen Rechts. Das Wesen seiner Verfassung besteht aber darin, dafs sie die Gliedstaaten zu einem solchen Gesamtstaat vereinigt, ohne sie selbst als Staaten aufzuheben.

Die Lehre vom Bundesstaat gehört dem Verfassungsrecht an, dem Staatsrecht in jenem hergebrachten Sinn, der es in Gegensatz zum Verwaltungsrecht stellt (Bd. I S. 16, 18). Die Wissenschaft ist gerade an seiner hervorragendsten Erscheinung, dem Deutschen Reich, in die gröfste Uneinigkeit geraten darüber, wie das juristisch aufzufassen sei. Politische Neigungen und Abneigungen spielen dabei, nach der Eigenart des Staatsrechts, bewufst und unbewufst ihre Rolle. Uns geht die Streitfrage insoweit an, als beide, Reich und Gliedstaaten, ihre Verwaltung haben und diese Verwaltung durch das bundesstaatliche Verhältnis in der einschneidendsten Weise rechtlich bedingt ist. Die Art dieser Bedingtheit liegt vor Augen. Keine staatsrechtliche Theorie kann richtig sein, deren Ergebnisse nicht dazu stimmen. Das Verhältnis zwischen Reich und Gliedstaat mufs vielmehr von vornherein entsprechend gedacht werden. Deshalb müssen wir auch von unserem einseitigen Standpunkt aus zu der Frage Stellung nehmen.

Zweierlei Staatsgewalt sehen wir in Deutschland thätig. Die einzelne Gliedstaatsgewalt besteht und wirkt für ihr Gebiet und ihr Volk, und zugleich besteht und wirkt für eben dieses Gebiet und eben dieses Volk die Reichsgewalt. Dafs die letztere zugleich in der nämlichen Weise neben den anderen Gliedstaatsgewalten steht, das macht eben das Reich aus, welches sie zusammenhalten soll. Das Problem ist aber für jedes deutsche Land übereinstimmend gestellt: wie vertragen sich diese zweierlei Staatsgewalten für einen und denselben Machtbereich?

Überall ist jedenfalls nur eine volle Staatsgewalt denkbar; eine doppelte volle Staatsgewalt für denselben Machtbereich giebt es nicht, so wenig wie eine possessio plurium in solidum.

Man kann die Lösung darin suchen, dafs man nur die eine der fraglichen Gewalten für eine echte und ursprüngliche erklärt, die andere für minderwertig und abgeleitet. Jene allein ist dann Staatsgewalt und zwar volle Staatsgewalt, die andere hat genau besehen nur den Namen und den Schein einer solchen. So liefse sich ja die Sache denken; aber es ist dann eben kein Bundesstaat mehr, was

dabei herauskommt. Entweder man stellt die Reichsgewalt als die volle Staatsgewalt voran; dann wird der Gliedstaat zum Selbstverwaltungskörper und das Reich zum Einheitsstaat. Oder man läfst die Gliedstaatsgewalt als die volle Staatsgewalt gelten für ihr Gebiet; dann wird die sogenannte Reichsgewalt nichts als eine gemeinsame Einrichtung der Gliedstaaten, von welchen sie abgeleitet und gehalten ist, und das Ganze erhält die Natur eines Staatenbundes [16].

Will man wirklich sowohl dem Reich als dem Lande eine eigene Staatsgewalt zusprechen, so kann es für keines von beiden die volle sein. An dem, was wir uns als die Staatsgewalt in den einzelnen Gebieten denken, mufs jedem ein Anteil zustehen, beschränkt durch den Anteil des anderen; nur zusammen haben sie die volle Staatsgewalt.

Ein solches Gemeinschaftsverhältnis zweier Rechtssubjekte als Träger einer und derselben Staatsgewalt kann man sich vorstellen in der Form eines unverteilten Rechts, so dafs jedes seinen ideellen Anteil hat und die Ausübung gemeinsam geschieht. Das gäbe ein condominium, von dem hier offenbar nicht die Rede ist.

Es bleibt also nur noch übrig, die Möglichkeit gesonderter Anteile: die in jedem deutschen Lande bestehende Staatsgewalt ist zwischen Reich und Gliedstaat verteilt. Wenn man freilich in der üblichen Begriffsarmut von dem Vorbild einer civilrechtlichen Realteilung nicht loskommen kann, wird man damit zu ganz unhaltbaren Ergebnissen gelangen. Man zerlegt dann etwa die zu verteilende Masse in ihre einzelnen Bestandteile und weist jedem seine Gebühr zu an Hoheitsrechten, Zuständigkeiten und vorbehaltenen Geschäften. Die Annahme einer in solcher Weise verteilten Staatsgewalt ist leicht zu widerlegen, oder vielmehr sie widerlegt sich selbst. So ist's nicht gemeint [17].

Unser neuzeitliches Staatsrecht hat eine eigene Form dafür aus-

---

[16] Die Gegensätze erscheinen am schärfsten einerseits bei Zorn in Ztschft. f. Stsw. 1881 S. 317 ff., der den Gliedstaaten die Eigenschaft als Staaten überhaupt abspricht, andererseits bei Seydel, Kom. z. Reichsverf. S. 3 ff., Ztschft. f. Stsw. 1872 S. 185 ff., Annalen 1876 S. 641 ff., wo umgekehrt der Bundesstaat für eine rechtliche Unmöglichkeit erklärt wird. Laband, St.R. I S. 52 ff. (3. Aufl. S. 50 ff.), obwohl er die Gliedstaaten noch als Staaten anerkennt, steht im wesentlichen auf der Seite von Zorn.

[17] Eine derartige Teilung nennt Laband, St.R. I S. 59 (3. Aufl. S. 57), mit Recht eine Chimäre. — Dafs man meist von einer Teilung der „Souveränetät“ spricht, verwickelt die Sache unnötigerweise, insofern mit diesem Begriff noch ein besonderes Absehen verbunden ist. Wir lassen ihn wohl ohne Schaden ganz bei Seite.

gebildet, wie die einheitliche öffentliche Gewalt als geteilt sich darstellen kann. Es ist eine seiner bedeutsamsten und fruchtbarsten Ideen, von welcher unser ganzes Verfassungswesen lebt. Sie hat uns auch den Ausgangspunkt unseres Verwaltungsrechts gegeben. Es ist die Trennung der Gewalten. Die öffentliche Gewalt erscheint verfassungsmäfsig durch das Mittel verschieden gearteter Wirkungskräfte, Gewalten, die durch gesonderte, aber unter einander auch wieder verbundene Willensträger in Bewegung gesetzt werden (Bd. I § 6). Es ist naheliegend, dafs die nämliche Idee, welche die Verfassung der Einzelstaaten beherrscht, auch in der Verfassung des Staates, der sie alle zusammenfafst, nochmals zur Geltung kommen mufste. Das Wesen des Bundesstaates beruht auf einer solchen Trennung der Gewalten. Wer für diese Idee unzugänglich ist bei der Auffassung der Einzelstaatsgewalt, der kann natürlich auch dem Wesen des Bundesstaates nicht gerecht werden [18].

Das deutsche Staatswesen als Bundesstaat hat demnach folgende Gestalt.

Für jedes zugehörige Gebiet besteht nur eine volle Staatsgewalt. Diese Staatsgewalt erscheint aber gesondert in Reichsgewalt und Gliedstaatsgewalt. Beide sind gleicher Natur als Staatsgewalt, wie die gesetzgebende und vollziehende Gewalt im Einzelstaat. Jede ist ihrerseits wieder in gesetzgebende und vollziehende Gewalt geschieden. Die letztere Ausscheidung wird durch die Reichsverfassung

---

[18] Die Lehre, dafs das Wesen des Bundesstaates auf einer Teilung der Souveränetät beruhe, ist in die deutsche Rechtswissenschaft eingeführt worden durch Waitz. Dieser hat sie seinerseits von Toqueville übernommen, dessen Doktrin er in „präciser Ausprägung und allgemeinerer Fassung" wiedergab. Darüber ausführlich Brie, Der Bundesstaat S. 92 ff. Toqueville, démocratie en Amérique I S. 190, beginnt seine Darstellung der Nordamerikanischen Bundesverfassung mit der Überschrift: Division des pouvoirs entre la souveraineté fédérale et celle des États, zeichnet kurz nach staatmännischen Gesichtspunkten die daraus sich ergebende thatsächliche Machtstellung des Bundes, um dann des breiteren die Verfassung der Bundesgewalt, die pouvoirs fédéraux, zu behandeln, die ihrerseits wieder pouvoir législatif und pouvoir exécutif sind. Den geistreichen Akademiker darf man aber nicht behandeln wie einen Pandektisten. Eine Bestimmung des Bundesstaatsbegriffs hat er nicht anders gegeben als durch die Verweisung auf „den ihm geläufigen Begriff einer Teilung der Gewalten" (Brie a. a. O. S. 103). Will man eine juristische Formulierung daraus ziehen, so mufs man damit beginnen, festzustellen, was im lebendigen französischen Verfassungsrecht die Teilung der Gewalten bedeutet. Das hat man nicht gethan, sondern sich hier, wie in dieser ganzen Lehre überhaupt, an die Ausdrücke gehalten. Dadurch ist für den Einzelstaat entstanden, was wir oben Bd. I S. 68 Note 2 einen Popanz nannten, und für den Bundesstaat, was Laband, St.R. I S. 59, eine Chimäre nennt.

für die Reichsgewalt, durch die einzelnen Landesverfassungen für die Gliedstaatsgewalten gemacht. Die entsprechende Scheidung zwischen Reichsgewalt und Gliedstaatsgewalten bestimmt die Reichsverfassung allein.

Der Schwerpunkt liegt dabei in der Ausstattung der Reichsgewalt als der rechtlich stärkeren[19], gerade so wie beim Einzelstaat in der Ausstattung des Gesetzes. Die Gliedstaatsgewalt erhält dadurch ihre entsprechenden rechtlichen Besonderheiten in der Hauptsache von selbst, wie dort die vollziehende (Bd. I S. 77).

Die Form, in welcher diese Ausstattung erscheint, weist wieder ganz die gleichen Grundzüge auf, die bei der Auseinandersetzung zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt zu erkennen waren. Zunächst verfassungsmäfsige Vorbehalte für die Reichsgewalt (ausschliefsliche Reichsgesetzgebung); daneben hier als Ausnahmsfall auch Vorbehalte zu Gunsten des Gliedstaats (Reservatrechte). Auf dem gemeinsamen Thätigkeitsfeld Vorrang der Reichsgewalt, wenigstens für ihr Gesetz, das ja auch verfassungsänderndes Gesetz sein kann, und die darauf beruhende Anordnung. Endlich Gebundenheit der Gliedstaatsgewalt an Reichsgesetz und sonstige Akte der Reichsgewalt nach den Regeln der Vollziehung[20]. Ein grofser Unterschied besteht insofern, als hier jede der beiden Gewalten geeignet und imstande ist, für sich allein ganze Verwaltungszweige zu ordnen und zu führen. Daraus ergiebt sich eine geringere thatsächliche Verflechtung ihrer Wirksamkeit wie dort.

Auf Einzelheiten haben wir aber nicht einzugehen. Es handelt sich für uns nur darum, welche allgemeine Regeln sich aus dieser Grundlage ergeben für das Verwaltungsrecht im Reich. Es sind die folgenden.

1. Das Verhältnis zwischen Reichsgewalt und Gliedstaatsgewalt ist nicht das zwischen Herrscher und Unterthan[21]. Ganz ebenso-

[19] Haenel, St.R. I S. 209; vgl. auch Toqueville, dém. en Am. I S. 191.

[20] Daher kann insbesondere auch die Landesgesetzgebung zu der Reichsgesetzgebung in ein ähnliches Verhältnis treten, wie im einfachen Staat die vollziehende Gewalt zum Gesetz. Es giebt hier „Ausführungsgesetze“ mit derselben Gebundenheit und denselben Schranken, wie sie dort die Ausführungsverordnung hat: Haenel, St.R. I S. 254 ff.

[21] Laband, St.R. I S. 55 (3. Aufl. S. 53): „der Gliedstaat ist nach unten Herr, nach oben Unterthan“. Haenel, St.R. I S. 798: „die Gliedstaaten sind im Reich gehorsamspflichtige Unterthanen und staatsbürgerlich Berechtigte“. Vgl. auch Mejer, Einleitung S. 6—8. Die Theorien aus der Zeit vor Gründung des Reiches wirken hier nach; Brie, Bundesstaat S. 53 ff. Aber die Wirklichkeit des Reiches ist eben anders ausgefallen.

wenig wie die vollziehende Gewalt Unterthan der gesetzgebenden ist (Bd. I S. 84 ff.). Vielmehr stehen sich hier Mitträger der einen, aber verteilten Staatsgewalt gegenüber in verfassungsrechtlich bestimmtem Verhältnis.

Für ihr geordnetes Zusammenwirken mufs freilich das Verhältnis so bestimmt werden, dafs die eine Gewalt die rechtlich stärkere ist, mit ihren Willensäufserungen der anderen vorgeht, sie bindet. Aber deshalb darf man nicht sagen: hier wird befohlen, befohlen wird nur dem Unterthanen, also ist hier ein Unterthan. Das heifst nur wieder Mifsbrauch treiben mit einem absichtlich verschwommen gehaltenen Befehlsbegriff. Es handelt sich um ausgeprägte Rechtsinstitute des Verfassungsrechts, die in ihrer ganz besonderen Eigenart erkannt werden müssen[22].

Die Eigenart des Verfassungsrechts tritt an diesem Verhältnisse besonders deutlich hervor, im Falle eine Störung desselben stattgefunden hat. Der Träger der einen Gewalt verletzt die Rechte der anderen, kommt seiner Gebundenheit, seinen Pflichten dieser gegenüber nicht nach, überschreitet seine Schranken. Dann ist es nicht der Ungehorsam des Unterthanen, den die Staatsgewalt zu brechen hat, sondern ein Verfassungskonflikt liegt vor. Sofort werden denn auch wieder die Grenzen der Rechtsordnung fühlbar: spärliche Ansätze eines geordneten Rechtsschutzes, überall Machtfrage und Selbsthülfe. Der verkümmerten Ministeranklage durch die Volksvertretung wegen Nichteinhaltung der Gesetze entspricht hier freilich die kräftigere Bundesexekution im Reich. Aber die ist juristisch wieder durchaus nicht gleichwertig mit dem Verfahren des Staates gegen eine widerspenstige Gemeindeverwaltung; es ist nichts als geordnete Selbsthülfe, thatsächlich kaum verschieden von der Bundesexekution im völkerrechtlichen Staatenbund[23].

Das Reich ist Staat; wäre der Gliedstaat sein Unterthan, so müfsten wir nach dem aufgestellten und durchgeführten Begriff des Verwaltungsrechts (Bd. I S. 14) dieses Verhältnis hier behandeln. Damit alles sauber abgegrenzt bleibe, war es notwendig, auch in diesem Punkte Klarheit zu schaffen.

[22] Man legt z. B. Gewicht auf die sog. Kompetenz-Kompetenz, vermöge deren die Reichsgesetzgebung sich weiter Gebiete der Verwaltung bemächtigt, um sie in Vorrang vor der Gliedstaatsgewalt zu ordnen. Diese nämliche Kompetenz-Kompetenz hat im einfachen Staate das Gesetz, und doch wird deshalb die vollziehende Gewalt nicht zum Unterthan. Der Schutz der schwächeren Gewalt liegt hier wie dort in der bevorzugten Teilnahme ihres Trägers an der Trägerschaft der stärkeren.

[23] Jellinek, Staatenverbindungen S. 310.

2. Im Verhältnis zu den gemeinsamen Unterthanen ist beides, Reichsgewalt wie Gliedstaatsgewalt, die deutsche Staatsgewalt, jedes auf seine Art.

Die einzelnen Verwaltungszweige sind zum Teil glatt geschieden, so dafs je eine der Gewalten, Reich oder Land, allein damit zu thun hat. Da lebt dann die Gliedstaatsgewalt schlechthin nach ihrem Recht und ebenso auf der anderen Seite die Reichsgewalt. Die letztere als die jüngere entlehnt nicht etwa von selbst das Recht der einzelnen Gebiete, in welchen sie wirksam wird. Sie kann landesrechtliche Rechtsinstitute für sich anwendbar erklären; sie kann sich auch selbständige Ordnungen geben. Soweit nichts vorgesehen ist, wird ihr Verwaltungsrecht sich ergänzen aus der gemeinen Anschauung von dem, was den Erscheinungen der öffentlichen Gewalt eigen ist. Insbesondere bestimmt sich hieraus auch der Punkt, wo ihr Verhältnis zu den ihr gegenüberstehenden Unterthanen übergeht ins Civilrecht, und der andere nicht schlechthin damit zusammenfallende, wo die Zuständigkeit der Civilgerichte über sie begründet ist[24]. Ist danach Civilrecht auf sie anwendbar, so bestimmt sich unter dem verschiedenen Landescivilrecht das anzuwendende gemäfs den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts: je nachdem wird die lex domicilii, d. h. des Sitzes des Betriebes, die lex rei sitae, die lex loci actus u. s. w. das Verhältnis zu regeln haben.

In manchen Verwaltungszweigen findet dagegen ein Zusammenarbeiten der beiden Gewalten statt. Das geschieht vor allem in der Form, dafs das Reich die Gesetzgebung, die Gliedstaaten die Vollziehung liefern. In der deutschen Strafjustiz kommt das am reinsten zur Geltung. Ähnlich, jedoch mit mancherlei Verschiebung, ordnet sich das Heerwesen, das Gewerbewesen, das Zollwesen. Im Verhältnis zu den Unterthanen zeigt sich dabei die Einheit der an Reich und Gliedstaat verteilten Staatsgewalt aufs deutlichste. Das Reichsgesetz wirkt in diesem Verhältnisse für die vollziehende Gewalt des Gliedstaates geradeso wie ein eigenes Gesetz desselben. Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten der Unterthanen entstehen daraus ganz in der gleichen Weise. Und zwar sind das Rechtsverhältnisse zum Gliedstaat. Denn sie bedeuten begriffsmäfsig nichts anderes als eine Ge-

[24] So R.G. 1. Juli 1881 (Samml. V S. 40): „denn das Deutsche Reich ist ein von den einzelnen Bundesstaaten verschiedener Staat, welcher eigene Hoheitsrechte hat“. Thatsächlich werden als die mafsgebenden „allgemeinen staatsrechtlichen Grundsätze“ wohl immer die des führenden deutschen Staates angenommen werden. Vgl. Bd. I § 16 Note 10.

bundenheit oder eine Machterweiterung der vollziehenden Gewalt (Bd. I S. 86, 108), und die ist hier des Gliedstaates[25].

Insofern die Reichsgesetzgebung unmittelbar oder unter gleichzeitiger Erweiterung ihrer Zuständigkeit, in jede Art von Verwaltungsthätigkeit eingreifen kann, erleiden die sog. Freiheitsrechte, wie sie die Landesverfassungen garantieren, im Bundesstaat eine gewisse Abschwächung. Denn die gesetzliche Grundlage zu Eingriffen in Freiheit und Eigentum, deren die vollziehende Gewalt des Gliedstaates danach bedarf, kann sie jetzt auf zweierlei Weise erhalten: giebt sie das Landesgesetz nicht, so kann ein Reichsgesetz kommen, um sie ihr zu geben. Auch dieses genügt dem verfassungsmäfsigen Vorbehalt; Reichsgesetz und Landesgesetz sind für ihn fungibel.

Andererseits erhält in diesem Zusammenhange der Umfang solcher Freiheitsrechte auch wieder eine Erweiterung durch einen neuen Bestandteil. Im landesrechtlichen Verfassungsrecht sind sie nur das Widerspiel der Vorbehalte des Gesetzes, die dem Unterthanen gegenüber der vollziehenden Gewalt zu Gute kommen (Bd. I. S. 75). In der gleichen Weise wirkt aber hier das stärkere Recht der Reichsgewalt, wo es zum Vorteil des Unterthanen der ganzen Gliedsstaatsgewalt Schranken setzt. Jede Erlaubnis, jede Anerkennung eines gewissen Spielraums freier Bewegung, die ein Reichsgesetz ausspricht, ist für die vollziehende Gewalt des Reichs wie des Gliedstaats und zugleich für die Gesetzgebung des letzteren unverbrüchlich, eine Nichtachtung dieser Grenze zum Nachteil eines Unterthanen ein Unrecht gegen diesen. Es ist ein reichsgesetzlich garantiertes Freiheitsrecht, das da entsteht[26].

---

[25] Damit treten wir in Gegensatz zu Binding, wenn derselbe, Stf.R. I S. 478, sagt: „Inhaber aller Strafrechte, die gemeinen deutschen Strafgesetzen entspringen, ist das Reich und sind nicht die Einzelstaaten.“ Er will die gleiche Auffassung auch für Zölle und Reichssteuerforderungen durchführen (a. a. O. S. 479 Note 10). Diese gehören aber dem Unterthanen, dem Schuldner gegenüber — und das allein ist entscheidend — zweifellos dem Gliedstaat; Laband, St.R. II S. 842 Note 1, S. 932 (3. Aufl. II S. 804 Note 1, S. 888). — Ebenso verhält es sich mit der Militärhoheit. Brockhaus, Das deutsche Heer S. 14 ff., und Bornhak, Preufs. St.R. III S. 36, wollen diese, in ähnlichem Gedankengange wie Binding, den Einzelstaaten absprechen wegen des Militärgesetzgebungsrechtes des Reichs. Dagegen mit Recht Laband, St.R. II S. 555 Note 3 (3. Aufl. S. 534 Note 3). Das Verständnis für das Wesen der Trennung der Gewalten wird auch hier die richtige Auffassung erleichtern.

[26] Einfache Verwaltungsgesetze des Reichs, wenn sie derartige Bestimmungen enthalten, erheben sich von selbst zu der Ausdrucksweise, deren die Verfassungsurkunden sich bei Aufstellung der Grundrechte bedienen. So Ges. über die Freizügigkeit v. 1. Nov. 1867 § 1: „Jeder Bundesangehörige hat das Recht, innerhalb

3. Die Reichsgewalt wirkt, von Reservatrechten abgesehen, gleichmäfsig für alle Gliedstaaten. Die Gliedstaatsgewalten unter sich stehen sich selbständig gegenüber. Sie sind in ihrer Verwaltung so unabhängig von einander wie aufserhalb eines Bundesstaats stehende Staaten. Die Regeln des Internationalen Verwaltungsrechts, wie wir sie oben unter I. entwickelten, gelten zwischen ihnen. Dafür macht es auch nicht von selbst einen Unterschied, wenn die Durchführung eines Reichsgesetzes in Frage ist. Die gemeinsame Gebundenheit gegenüber dem Reich ist eine Sache für sich, ein jus tertii, das ihr gegenseitiges Verhältnis unmittelbar nichts angeht[27].

---

des Bundesgebietes in jedem Orte sich aufzuhalten u. s. w." Laband, St.R. I S. 145 (3. Aufl. S. 137), sagt von diesem Gesetz, dafs es „ein staatsbürgerliches Grundrecht gewährleistet". Ein Grundrecht dem Reiche gegenüber ist das natürlich nicht, so wenig wie ein Gliedstaatsgesetz, das z. B. die Fischerei freigiebt, ein Grundrecht bedeuten würde dem Gliedstaat gegenüber. Aber es ist ein Grundrecht gegenüber der durch den Vorrang des Reichsgesetzes gebundenen Gliedstaatsgewalt.

[27] O.V.G. 23. Juni 1886: Ein Mann klagt gegen die Ausweisungsverfügung einer preufsischen Behörde, da er Reichsangehöriger sei. Er war in Gotha naturalisiert worden; das dortige Ministerium hatte aber nachträglich diese Naturalisation als erschlichen wieder aufgehoben. Das O.V.G. unterscheidet: das Ministerium hatte entweder mit dem letzteren Akte nur eine Entscheidung gegeben, die als solche die Statusrechte des Klägers nicht ändern, sondern lediglich aussprechen sollte, was Rechtens ist; dann wirkt die Autorität dieses Aktes ohnehin nicht über die Grenzen seines Staatsgebietes hinaus. Das preufsische Gericht hat also selbständig zu prüfen, ob die Naturalisation gültig war. Oder es hat ein Rechtsgeschäft vorgenommen, welches die erworbene Naturalisation wieder beseitigen sollte; dann sind die Behörden aller deutschen Staaten berechtigt, nachzuprüfen, ob dieser Akt vor dem Reichsgesetze, um dessen Anwendung es sich handelt, bestehen kann. — Beide Sätze sind nur zu messen an den Regeln des „Internationalen Verwaltungsrechts" (oben I n. 2); der erste ist richtig, der zweite bedenklich. Öffentlichrechtliche Rechtsgeschäfte fremder Staatsgewalten innerhalb ihres Machtgebietes werden von uns nicht schlechthin nachgeprüft auf ihre Gültigkeit gemäfs dem für sie mafsgebenden Rechte. Wir achten den fremden Staat in seinen Akten und behandeln sie, als hätten sie bei ihm rechtlich gewirkt; unsere Behörden wirken nur nicht mit zu ihrer Durchführung. Nur im Falle offenbarer Unzuständigkeit oder sonstiger grober Ungehörigkeiten, wo also auch bei uns ein solcher Akt durch die obrigkeitliche Autorität nicht gedeckt, sondern einfach nichtig wäre, werden wir ein solches „Rechtsgeschäft" unberücksichtigt lassen dürfen. So v. Bar, Internat. Priv.R. I S. 217. Die Frage ist gelegentlich des berühmten Falles Bauffremont viel besprochen worden. Damals handelte es sich um einen bedenklichen Naturalisationsakt, der in fraudem legis domesticae vorgenommen war. Laurent, droit civ. internat. III S. 292, der die strengere Meinung vertritt, unterscheidet gleichwohl: „L'acte de naturalisation ne peut avoir effet en France en tant qu'il ferait fraude à la loi française; en Suisse il subsiste." Nach diesen Grundsätzen war auch der Gothaische Naturalisationsfall zu behandeln. Von einer

Die Thatsache, daſs diese Staaten zu einem groſsen Gemeinwesen verbunden sind, führt dahin, daſs zwischen ihnen die schroffe Ausschlieſslichkeit, welche das Internationale Verwaltungsrecht an sich bedeutet, verhältnismäſsig leicht durchbrochen wird in den dafür allgemein gegebenen Formen, durch völkerrechtlichen Vertrag, besser gesagt durch landesrechtliche Anordnungen in Folge völkerrechtlichen Vertrags. Für verschiedene Zweige der Verwaltung ist auf diese Weise ein Zusammenwirken der Behörden der einzelnen Gliedstaaten gesichert worden[28].

Überdies aber kann die Reichsgesetzgebung im allgemeinen Interesse sich einmischen, um die Gliedstaaten in ihrer Verwaltungsthätigkeit auch untereinander inniger zu verknüpfen. Niemals kann — so lange sie wenigstens Staaten bleiben sollen — alles so ausgeglichen werden, daſs ihre Verwaltung ineinander greift, wie die eines Einheitsstaates. Aber dieser liefert das Vorbild, aus welchem das eine und das andere Stück, schlechthin oder in einer gewissen Abschwächung hierher übertragen wird.

Einerseits wird bestimmt, daſs gewisse obrigkeitliche Akte des Gliedstaates in jedem anderen Gliedstaate wie dessen eigene zu behandeln sind: auswärtige Urteile werden vollstreckt, Verwaltungsakte wirken nach den gewöhnlichen Regeln der Vollziehung, Zeugnisse und Feststellungen der fremden Behörde gelten bei uns wie die unserer eigenen; in dringlichen Fällen können Beamte des Nachbarstaates Amtshandlungen vornehmen auf unserem Gebiete.

Andererseits wird eine gegenseitige Unterstützungspflicht der Gliedstaatsbehörden geordnet: auf Ersuchen der fremden Behörde (Requisition) oder von freien Stücken haben sie danach Interessen

---

Umgehung preuſsischer Gesetze war nicht die Rede. Daſs die Anwendung von Reichsrecht in Frage war, änderte an dem Verhältnis der Gliedstaatsbehörden unter einander gar nichts. Naturalisation, wie Zurücknahme der Naturalisation konnten nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn grobe Überschreitungen der Zuständigkeit es rechtfertigten. Das lag hier nicht vor. Insbesondere war das O.V.G. im Unrecht, wenn es die Zurücknahme schon deshalb für unbeachtlich erklärte, weil das Reichsrecht eine solche nicht vorsieht. Das Gothaische Ministerium hatte den Naturalisationsakt als rechtsungültig angesehen, und für diesen Fall ist die Möglichkeit der Zurücknahme selbstverständlich (Bd. I S. 305).

[28] Namentlich auch im Gebiete des Armenwesens; Tourbié in Arch. f. öff. R. III S. 139 ff. Jellinek, Staatenverbindungen S. 309: „die von den Gliedstaaten unter einander geschlossenen Verträge sind nicht nach dem gemeinen Rechte des Bundesstaates, sondern nach Völkerrecht zu beurteilen.“

wahrzunehmen und Geschäfte zu besorgen, welche nicht die ihres Dienstherrn sind, sondern eines anderen Gliedstaates[29].

Diese reichsgesetzlichen Bestimmungen haben insofern besondere Kraft, als sie unverbrüchlich sind nicht blofs für die vollziehende Gewalt, sondern auch für die Gesetzgebung der Gliedstaaten. Im übrigen ist ihre Wirkung für jeden Gliedstaat ganz die nämliche, wie wenn sein eigenes Gesetz sie getroffen hätte. Wenn alle Gliedstaaten übereinstimmend solche Rechtssätze erlassen würden, wäre das rechtliche Ergebnis das gleiche, wie das des Reichsgesetzes. Ohne vorausgehenden Vertrag, der die Gegenseitigkeit sicherte, würden sie das nicht thun. Ob ein solcher allgemeiner Vertrag zu stande zu bringen wäre, ist mindestens sehr fraglich. Da handelt denn das Reich mit gleicher Wirkung für alle, nicht als Herrscher, der seine Unterthanen ordnet, sondern als bevorrechteter Mitarbeiter an den gleichen Interessen[30].

In der vollkommensten Weise endlich ist das Zusammenwirken der gliedstaatlichen Behörden da gesichert, wo das Reich selbst die Dienstgewalt über sie in Anspruch nimmt, um durch Dienstbefehle die Ausführung der Geschäfte zu leiten. Die Reichsgesetzgebung bestimmt die Fälle, in welchen dies geschehen soll. Die vollziehende Gewalt des Reiches tritt dann insoweit an die Stelle der vollziehenden Gewalt des eigentlichen Dienstherrn, des Gliedstaates, mit Vorrang vor dieser. Im übrigen wirken ihre Dienstbefehle mit der gleichen rechtlichen Kraft (oben § 45, I); aber ihrem Inhalte nach werden sie von selbst darauf gerichtet sein, die Geschäftsführung so zu leiten, dafs die Grenzen der Gliedstaaten durch planmäfsiges Zusammenwirken überbrückt werden[31]. Die Gliedstaaten selbst werden dabei unter sich

[29] Auf diese beiden Formen werden sich die von Haenel, St.R. I S. 578 ff., aufgeführten Fälle der „zwischenstaatlichen Rechts- und Verwaltungshülfe" sämtlich zurückführen lassen, soweit sie eben nicht statt zwischenstaatlicher Verhältnisse eigene Reichsverwaltung bedeuten.

[30] Haenel, St.R. I S. 562 ff. S. 575 ff., bringt diese Dinge unter die Rubrik „Staatenpflege", die er der Wohlfahrtspflege und der Rechtspflege gegenüber stellt. Wenn die Einzelstaaten durch diese Ausdrucksweise den Anschein erhalten von Gegenständen der Verwaltungsthätigkeit des Reichs, so ist damit ihre Stellung nicht richtig wiedergegeben.

[31] Namentlich die Reichsgesetzgebung zur Bekämpfung von Vieh- und Pflanzenseuchen hat sich dieser Form bedient, um mit der erforderlichen Schnelligkeit ein einheitliches Vorgehen der gliedstaatlichen Beamten herbeizuführen; Rinderpestges. v. 7. April 1869 § 12; Reblausges. v. 3. Juli 1883 § 5. Hierher gehören aber auch die Fälle, in welchen das Reich durch den Bundesrat Verwaltungsvorschriften aufstellt für die durch gliedstaatliche Beamte zu leistende Thätigkeit; das „plan-

in keine neue rechtliche Beziehung gebracht. Diese Form bildet vielmehr nur einen Übergang zu der unmittelbaren Besorgung eines Verwaltungszweiges durch das Reich.

---

mäfsige Ineinandergreifen der technischen Manipulationen" (Haenel, St.R. I S. 582) wird dabei von selbst zu einem Hauptgesichtspunkt. Die Zollregulative geben die wichtigsten Beispiele. Was wir besonders hervorheben möchten, das ist das Aufserordentliche, Einschneidende, was in solcher Ausübung der Dienstgewalt über Beamte der Einzelstaaten liegt. Auch wer sie nur als Selbstverwaltungskörper gelten lassen will, müfste nach diesem Vorbild eine solche Einrichtung als eng zu begrenzende Ausnahme behandeln; vgl. oben S. 407. Reichsverf. Art. 7 Ziff. 2 dürfte auch nach diesem Gesichtspunkt noch genauer anzusehen sein (Laband, St.R. I S. 224; Haenel, St.R. I S. 282 ff.; G. Meyer, St.R. S. 521).

Sachregister.

(Die römischen Ziffern bezeichnen den Band, die grofsen arabischen die Seite, die kleinen die Note.)

B.

F.

H.

I.

Q.

T.

U.

V.

W.

Z.



